

# Ärzte auf dem Prüfstand – Bewertungsportale als innovatives Steuerungsinstrument des Gesundheitsrechts

Mario Martini\*

## I. Einführung

Wer kennt die Situation nicht: Nach einem Umzug oder schlechten Erfahrungen mit behandelnden Ärzten gilt es, einen vertrauenswürdigen Spezialisten zu finden. Die Suche entpuppt sich regelmäßig als ein schwieriges Unterfangen. Der Blick in die Gelben Seiten gleicht einem Griff in die Lostrommel; Erfahrungen von Freunden – für die meisten gegenwärtig das Mittel der Wahl – sind nicht immer verfügbar. Die Arzt- bzw. Krankenhaussuche stellt sich damit meist als ein von Zufällen und Irrwegen des Hörensagens geprägter Akt unsicherer Auswahl dar. Und dies tausendfach. 17.000 Menschen stehen am Tag in Deutschland vor der Frage: Wie finde ich einen guten Arzt<sup>1</sup>?

Jüngst verheißt ein neuer Informationskanal ergänzende Antworten: Das Internet als globales, raum- und zeitunabhängiges Informationsmedium schickt sich an, durch Arztbewertungsportale Informationslücken bei der Arztsuche zu schließen. Es verlagert das Prinzip der vertrauensgeschützten Empfehlung unter Freunden in das weltweit abrufbare soziale Netz des Web 2.0. Bewertungsportale schießen wie Pilze aus dem Boden. Für *Sachleistungen* sind sie uns über hergebrachte Angebote, etwa der Stiftung Warentest oder neue Internetplattformen wie testeo.de, alatest.de, ciao.de oder dooyoo.de inzwischen längst vertraut. Sie erfreuen sich dort großer Beliebtheit<sup>2</sup>. Bei *Dienstleistungen* sind sie im Vergleich dazu eine neue, aber boomenden-

\* Mario Martini ist Inhaber einer Professur für Staats- und Verwaltungsrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München. Typoskriptfassung i. S. d. § 38 Abs. 2 UrhG

1 Vgl. Marstedt, Transparenz in der ambulanten Versorgung, in: Böcken et al. (Hrsg.), in: Gesundheitsmonitor 2007, S. 11 (11).

2 Auf vergleichende Testberichte in Telemediendiensten greifen in Deutschland vor der Kaufentscheidung nach einer Marktforschungsanalyse der GfK 17,7 Millionen Personen zu. 29,5 Millionen Personen informieren sich in Deutschland zumindest gelegentlich im Internet. Fast jeder zweite potenzielle Kunde von Onlineshops (46,4 %) wirft vor dem Kauf erst einmal ein Auge darauf, welche Erfahrungen andere mit dem Anbieter gemacht haben. Vgl. dazu Enigma GfK, Online Service Survey 2009, abrufbar unter <http://enigma-gfk.de> (19.2.2010).

de Erscheinung. Allenthalben werden Handwerker, Friseure, Umzugsunternehmen, Lehrer<sup>3</sup> und Professoren<sup>4</sup> einer öffentlichen Bewertung unterzogen<sup>5</sup>. Die Ärzteschaft galt zusammen mit der Anwaltschaft bislang noch als das gallische Dorf in der blühenden Bewertungslandschaft des »social scoring«<sup>6</sup>. In jüngster Zeit sind auch hier jedoch zahlreiche Anbieter in das Marktsegment der Arztbewertung vorgestoßen, so etwa imedo.de, esando.de, jameda.de oder helpster.de, arztbewertung.net, topmedic.de, DocInsider.de sowie NetDoktor.de oder die (von der Stiftung Gesundheit betriebene) Arzt-Auskunft.de<sup>7</sup>. Ihre Datenbanksätze wachsen mit rasanter Geschwindigkeit. Sie finanzieren sich meist über Werbung, die häufig von den zu bewertenden Dienstleistern geschaltet wird. Wie alle personenbezogenen Bewertungsportale leben sie von der Partizipation der Patienten und der Bereitschaft zur Weitergabe ihrer Erfahrungen. Die Betreiber der Portale beschränken sich dabei regelmäßig auf eine redaktionelle Kontrolle. Mit ihrem Angebot versuchen sie, die Nachfrage nach transparenter und verlässlicher Information über die Qualität von Arztleistungen zu

- 3 Vgl. dazu BGH, Urt. v. 23.6.2009, MMR 2009, S. 608 ff.; OLG Köln, Urt. v. 3.7.2008, MMR 2008, S. 672 ff.; *Dorn*, Lehrerbenotung im Internet, DuD 2008, S. 98 ff.; *Gomille*, Prangerwirkung und Manipulationsgefahr bei Bewertungsforen im Internet, ZUM 2009, S. 815 ff.; *Gounalakis/Klein*, Zulässigkeit von personenbezogenen Bewertungsplattformen, NJW 2010, S. 566 ff.; *Kaiser*, Bewertungsportale im Internet – die spickmich-Entscheidung des BGH, NVwZ 2009, S. 1474 ff.; *Kulow*, Die spickmich-Entscheidung des BGH: Roma locuta – causa in finita, K&R 2009, S. 678 ff.; *Peifer/Kamp*, Datenschutz und Persönlichkeitsrecht – Anwendung der Grundsätze über Produktkritik auf das Bewertungsportal "spickmich.de"?, ZUM 2009, S. 185 ff.; allgemein: *Ballhausen/Roggenkamp*, Personenbezogene Bewertungsplattformen, K&R 2008, S. 403 ff.; *Greve/Schärdel*, Der digitale Pranger – Bewertungsportale im Internet, MMR 2008, S. 644 ff.; zu ähnlichen Rechtsfragen in Frankreich im Hinblick auf das Portal „Note2be“ *Görisch*, To be or note2be? Lehrerbewertungsportale im deutsch-französischen Rechtsprechungsvergleich, DVBl 2010, S. 155 ff.
- 4 Vgl. dazu LG Berlin, Urt. v. 31.5.2007, MMR 2007, S. 668; LG Regensburg, Urt. v. 2.2.2009, AfP 2009, S. 175; *von Coelln*, Zwischen Gütegarantie und Professorenpranger, in: Detterbeck et al. (Hrsg.) Recht als Medium der Staatlichkeit, 2009, S. 271 (274 ff.).
- 5 Unter den personenbezogenen Bewertungsportalen finden sich gar eigene Portale für Richter, Staatsanwälte und Nachbarn. Zu der Frage, wann eine dienstliche Beurteilung die richterliche Unabhängigkeit beeinträchtigt BGH, Urt. v. 4.6.2009, BeckRS 2009, 28211.
- 6 Die Ärzteschaft selbst scheint die Bewertung ihrer Leistungen im Internet noch nicht als für sie bedeutsamen Faktor einzustufen. Bei einer von der Gesellschaft für Gesundheitsmarktanalyse im Auftrag der Stiftung Gesundheit jüngst durchgeführten empirischen Erhebung gaben rund 2/3 der Ärzte an, dass sie nicht wissen, ob sie schon einmal in einem Bewertungsportal bewertet wurden. Die Kurzfassung der Studie ist abrufbar unter [www.stiftung-gesundheit.de/forschung/studien.htm](http://www.stiftung-gesundheit.de/forschung/studien.htm) (22.2.2010).
- 7 Eine vergleichende Analyse der wichtigsten Arztbewertungsportale mit ihren jeweiligen Spezifika findet sich etwa bei *Emmert/Eisenreich/Maryschok/Schöffski*, Arzt-Bewertungsportale im Internet, IMPLICONplus – Gesundheitspolitische Analysen, 5/2008, S. 2 ff.

bedienen, und rennen damit bei den Nutzern offene Türen ein: Allein das Portal imedo.de wird 15 Millionen Mal im Monat aufgerufen. Seit wenigen Wochen findet sich unter [www.waganga.de](http://www.waganga.de) sogar eigens eine Suchmaschine für Arztbewertungen, die die Bewertungen der zahlreichen Einzelportale zusammenführt. Eine vergleichbare Dynamik ist im Ausland zu beobachten, z.B. in Großbritannien. Hier erregte das (von einem Arzt gegründete) Arztbewertungsportal [iwantgreatcare.org](http://iwantgreatcare.org) großes Aufsehen<sup>8</sup>.

Es braucht keine prophetische Gabe, um vorherzusehen, dass Arztbewertungsportale einen deutlichen Bedeutungszuwachs erfahren werden. Wir erleben gerade den Beginn eines Booms. Die Arztsuche im Internet wird ebenso selbstverständlich werden wie der Bücherkauf oder das Online-Banking. Womöglich werden die Rollen im Gesundheitswesen neu verteilt. Die Ärzte sehen sich einem verschärften Monitoring ausgesetzt; der Patient könnte stärker als bisher vom »Payer« zum »Player«, zum »König Kunde«, werden. Bewertungsportale sind insoweit auch Ausdruck wachsender Emanzipation des Patienten im Gesundheitssystem.

Wie ein zusätzlicher Katalysator wirkt da möglicherweise die jüngste Ankündigung der AOK. Sie ruft ihre 25 Millionen Versicherten zur öffentlichen Bewertung ihrer Vertragsärzte im Internet auf. Das Arztbewertungsportal »AOK Arzt-Navigator« soll im Laufe dieses Jahres starten. Jeder Versicherte kann dort Ärzte bewerten und Arztbewertungen einsehen. Damit betritt die AOK Neuland: Hat es auch bisher schon vereinzelte Versuche der Krankenkassen zur Etablierung »Schwarzer Listen« für Ärzte gegeben, die Ärzte mit besonderen Auffälligkeiten, etwa besonders häufigen Krankschreibungen, ausweisen sollten<sup>9</sup>, so betreibt nun erstmals eine öffentlich-rechtliche Körperschaft ein Bewertungsportal nach der Idee des kollaborativen Web 2.0<sup>10</sup>. Dies wirft Fragen nach Möglichkeiten und Grenzen einer solchen neuen Handlungsform eines »Wiki-Government«<sup>11</sup> auf. Ist schon die Zulässigkeit kommerzieller Bewertungsportale nicht abschließend geklärt, liefert ein öffentlich-rechtliches Bewertungsportal umso mehr Sprengstoff. Denn als öffentlich-rechtliche Körperschaften dürfen die gesetzlichen Krankenkassen nur im Rah-

8 Patienten werden dort zur Beantwortung von drei Fragen aufgefordert: Vertrauen Sie Ihrem Arzt? Hat Ihnen der Arzt zugehört? Würden Sie Ihren Arzt weiterempfehlen? Die Bewertung erfolgt auf einer Skala von 0 bis 100 Prozent. Außerdem können die Patienten einen Kommentar abgeben.

9 Vgl. dazu SG Hamburg, Beschl. v. 17.4.2003 – S 27 KA 346/03 ER – (nicht veröffentlicht); LSG Hamburg, Beschl. v. 4.11.2004 – L 2 B 85/03 (nicht veröffentlicht).

10 Auch das Land Berlin stellt Erwägungen an, ein Arztbewertungsportal in Kooperation mit einem privaten Bewertungsportalanbieter zu betreiben.

11 Vgl. dazu instruktiv Noveck, Wiki-Government, 2009; Tapscott/D. Williams, Wikinomics, 2006.

men ihres gesetzlichen Auftrags tätig werden (vgl. § 31 Abs. 1 SGB I) und als Sozialversicherungsträger ihre Mittel nur für ihre gesetzlichen Aufgaben verwenden (§ 30 Abs. 1 SGB IV, § 260 Abs. 1 Nr. 1 SGB V). Handelt es sich womöglich um einen »digitalen Ärztepranger«, gleichsam eine elektronische Guillotine oder um ein zulässiges Steuerungsinstrument zur Optimierung der Versorgungsqualität? Bislang liegt dazu keine einzige rechtliche Untersuchung vor. Eine erste Sichtung des rechtlichen Minenfeldes unternimmt dieser Beitrag.

Zunächst soll dazu den ökonomischen Besonderheiten der Bewertung und Auswahl von Dienstleistungen nachgegangen werden (unten II.). Was rechtfertigt ökonomisch eine internetbasierte Bewertung von Dienstleistungen; was macht diese Portale so attraktiv für Nutzer? Ein Blick auf ähnliche bereits existierende Formen vergleichender Bewertungen bei Gesundheitsleistungen, namentlich im Krankenhaus- und Pflegebereich, macht die wachsende Bedeutung, aber auch wichtige Problemlagen solcher Instrumente deutlich (unten III.). Darauf aufbauend soll das Vorhaben eines öffentlich-rechtlichen Bewertungsportals für ambulante Arztleistungen auf Herz und Nieren geprüft werden, insbesondere darauf, inwieweit es den Anforderungen an eine Rechtsgrundlage gerecht wird (unten IV.1.a), ferner welchen datenschutzrechtlichen, grundrechtlichen und wettbewerbsrechtlichen Schranken ein solches Vorhaben im Übrigen unterworfen ist (unten IV.1.b). Ein Blick auf die an kommerzielle Bewertungsportale zu stellenden rechtlichen Anforderungen schließt die Betrachtung ab (unten IV.2.).

## II. Die ökonomische Problematik der Bewertung von Dienstleistungen

Ob für Ärzte, Friseure oder Handwerker, für alle gilt: Ihr Markt ist ausgesprochen intransparent und die Suche nach dem richtigen Anbieter schwierig<sup>12</sup>. Die Qual der (Anbieter-)Wahl hat – ökonomisch betrachtet – einen einfachen Grund: Dienstleistungen zeichnen sich im Vergleich zu Sachleistungen durch wirtschaftliche Besonderheiten aus. Sie stellen unkörperliche Leistungen dar, die durch die Individualität der Leistungserbringung, insbesondere durch die Integration des Kunden in den Prozess der Leistungserstellung, charakterisiert sind<sup>13</sup>. Zum Zeitpunkt des Vertrags-

12 Angesichts der Tatsache, dass der Dienstleistungssektor immerhin mit ca. 70 % der Bruttowertschöpfung den größten Sektor moderner Volkswirtschaften ausmacht und im Durchschnitt die größte jährliche Wachstumsrate aufweist, vermag das prima facie zu überraschen.

13 Vgl. zum Begriff der Dienstleistung in der Ökonomik etwa *Kleinaltenkamp*, Begriffsabgrenzungen und Erscheinungsformen von Dienstleistungen, in: Meffert/Bruhn, Handbuch Dienstleistungsmanagement, 2. Aufl. 2001, S. 27 (40) m.w.N.

schlusses kann der Kunde das Leistungsergebnis nicht in Augenschein nehmen. Es wird erst nach Auftragserteilung individuell erstellt. Der Dienstleister gibt dem Nachfrager ein zukunftsbezogenes Leistungsversprechen ab, dessen Einlösung nicht wie bei Sachleistungen in autonomer Disposition des Anbieters erfolgt. Hieraus resultiert eine hohe Unsicherheit über Inhalt und Qualität der Leistung. Die Auswahl des Dienstleisters, zumal des Arztes, ist eine Vertrauensentscheidung. »In der Medizin gibt es nichts Schöneres als Vertrauen und nichts Gefährlicheres«, bringt *Gerhard Kocher* die Problematik auf den Punkt. Der Kunde bzw. Patient ist gezwungen, sich auf Sekundär-Signale des Leistungspotenzials zu versteigen, wie etwa die Qualifikation der Mitarbeiter, die Ausstattung des Büros bzw. der Praxis, die Repräsentativität des Gebäudes oder neutrale Quellen, wie Expertenaussagen, vergleichende Bewertungen und andere Signal- und Vertrauensindikatoren, die als Ergebnis der Extrapolation vergangener Erfahrungen einen Rückschluss auf die Qualität der Dienstleistung zulassen.

Die Informationsasymmetrie zwischen Arzt und Patient bzw. Kunde und Anbieter hat auch erhebliche volkswirtschaftliche Implikationen: Mit ihr verbindet sich – wie *Akerlof* mit seinem Zitronenprinzip eindrucksvoll demonstriert hat<sup>14</sup> – eine Gefahr für die Qualität der im Dienstleistungssektor insgesamt erbrachten Leistungen: Bei Qualitätsunsicherheit können gute Leistungen ihre Vorzugswürdigkeit nicht am Markt demonstrieren und damit ihren eigentlich sachlich gerechtfertigten überdurchschnittlichen Preis nicht durchsetzen<sup>15</sup>. Bei schlechten Leistungen verhält es sich umgekehrt. Sie erzielen trotz unterdurchschnittlicher Qualität einen durchschnittlichen Preis. Das begründet einen Anreiz, Leistungen vorzugsweise unterdurchschnittlicher Qualität anzubieten<sup>16</sup>. Die schlechten Leistungen (die »lemons«, wie *Akerlof* die schlechten Produkte nennt) verdrängen dann im schlimmsten Fall die guten Leistungen vom Markt. Es besteht die Gefahr einer adversen Selektion. Qualitätsunsicherheit und asymmetrische Verteilung der Information vermögen dann eine unerwünschte Abwärtsspirale der Qualität der angebotenen Leistungen zu induzieren. Dies trifft nicht nur den individuellen Anbieter, sondern den ganzen Berufsstand.

14 Vgl. dazu *Akerlof*, The Market for „Lemons“, *Quarterly Journal of Economics* 84 (1970), S. 488 ff. *Akerlof* legte damit den Grundstein für die sog. Informationsökonomik.

15 Denn sofern der Kunde/Patient die Leistungsqualität von Dienstleistern ex ante nicht zuverlässig beurteilen kann, wird er sich in seiner Zahlungsbereitschaft an der Durchschnittsqualität derartiger Leistungen orientieren.

16 Trifft der Kunde auf eine schlechte Einzelleistung, sinkt seine Zahlungsbereitschaft für künftige Transaktionen weiter. Er ist in Zukunft nicht mehr ohne Weiteres bereit, das Risiko einer schlechten Dienstleistung gegen hohes Entgelt einzugehen.

Nahezu alle Rechtsordnungen, angefangen mit den Kodex Hammurabi und seinen drastischen Strafen für ärztliche Fehlleistungen, reagieren darauf insbesondere mit besonderen berufsständischen Ethiken und Sanktionsmaßnahmen, die sie als »Wächter der Qualität« auf den Posten stellen. Sie tragen damit dem Umstand Rechnung, dass der Schutz des Nachfragers durch die Rechtsordnung mit wachsender Asymmetrie der Informationskosten notwendiger wird<sup>17</sup>.

Bewertungsportale können insoweit eine wichtige ergänzende Lotsenfunktion wahrnehmen, indem sie zentrale »moments of truth« der Auswahlentscheidung, d.h. solche Schlüsselmomente, die beim Dienstleistungskunden einen nachhaltigen Eindruck im Hinblick auf die Qualitätswahrnehmung hinterlassen<sup>18</sup>, zusammentragen und vergleichbar machen. Insbesondere senken Internetportale die regelmäßig unverhältnismäßig hohen (Transaktions-)Kosten der direkten Leistungsmessung auf ein Minimum. Liegt das Geheimnis der richtigen Auswahl von Dienstleistungen in der Überwindung der Informationsasymmetrie zwischen Kunde und Anbieter, dann scheint nichts näher zu liegen, als das Vertrauensprinzip der Mund-zu-Mund-Propaganda auf das Internet zu übertragen und seine Möglichkeiten der Entgrenzung von Raum und Zeit für die Suche nach dem geeigneten Dienstleister fruchtbar zu machen. Wie kaum ein anderes Medium ermöglicht es eine schnelle, kostengünstige und breite Suche nach aktuellen Informationen. Durch die Möglichkeit der Partizipation lässt es jeden Einzelnen als Teil eines Netzwerkes an einem kollektiven Gestaltungs- und Willensbildungsprozess mitwirken, der eine neue Form gesellschaftlicher Interaktion und unverfälschten Erfahrungsaustauschs generiert. Und dank der Möglichkeit des Suchenden anonym zu bleiben, ist das Internet gerade für heikle Gesundheitsthemen ein idealer Informationsmittler.

Ein Gesundheitssystem, das die Selbstverantwortung der Versicherten und den Wettbewerb um die beste Qualität in Gestalt eines Empowerment-Konzeptes<sup>19</sup> fördern will, ist auf Transparenz angewiesen. Die Versicherten werden mit immer mehr Wahlmöglichkeiten konfrontiert. Mündig werden sie aber nur durch zuverlässige, verständliche und transparente Information. Erst auf der Grundlage qualitätsorientierter Informationen kann ein Patient insbesondere sein Recht auf freie Arztwahl (§ 76 Abs. 1 S. 1 SGB V) im Sinne der bestmöglichen Versorgung wahrnehmen. Nur mit gut informierten Patienten kommt der angestrebte Wettbewerb um die besten Behandlungsergebnisse in Gang. Mit jeder ins Blaue getroffenen Arztwahl steigt

17 Vgl. *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 4. Aufl. 2005, S. 506 f.

18 Vgl. dazu *Carlzon*, Moments of truth, 1987.

19 Dazu *Jäger*, Compliance&Empowerment, in: von Reibnitz/Schnabel/Hurrelmann (Hrsg.), Der mündige Patient, 2001, S. 169 ff.

umgekehrt das Risiko, dass die knappen Ressourcen der Solidargemeinschaft ineffizient eingesetzt werden, weil es zu Doppel- bzw. Mehrfachbehandlungen kommt. Unter den Bedingungen knapper finanzieller Ressourcen ist in dem unter dem demografischen Wandel Not leidenden Gesundheitssystem eine Ausschöpfung innerer Budgetreserven mehr denn je geboten. Leistungstransparenz und eine Fruchtbarmachung des bei den Patienten selbst dezentral vorhandenen Wissens bilden eine wichtige Steuerungsressource zur systematischen Qualitätsentwicklung und Wirtschaftlichkeit im Gesundheitswesen. Der Bedarf und das Interesse der Versicherten an derartigen Portalen sind unverkennbar. 89 % der Bevölkerung wünschen sich Informationen über die Qualität von Fachärzten<sup>20</sup>.

### *III. Bewertungsportale im Gesundheitsrecht de lege lata*

Der Gesetzgeber erkennt zusehends das Bedürfnis, die Qualität von Gesundheitsleistungen vergleichbar zu machen. So sind denn Bewertungsportale öffentlich-rechtlicher Rechtsträger im Gesundheitsrecht kein völliges Novum mehr. Der Gesetzgeber hat sie für zwei Fälle jüngst ausdrücklich vorgesehen: für Krankenhäuser (§ 137 SGB V; unten 1.) sowie für Pflegeeinrichtungen (§§ 113 ff. SGB XI; unten 2.)<sup>21</sup>. Beide Portale stehen vor der gleichen Herausforderung: Qualitätsvergleiche wollen Nichtmessbares messbar machen, indem sie Ungleiches vergleichbar machen. Dazu sind sie notwendig auf eine Reduktion der Entscheidungskomplexität angewiesen, die sie der Gefahr unzulässiger Vereinfachung aussetzt.

#### **1. Krankenhausbewertungsportale**

Krankenhäuser sind nicht nur im Interesse der Qualitätssicherung verpflichtet, im Abstand von zwei Jahren strukturierte Qualitätsberichte zu veröffentlichen (§ 137 Abs. 3 Nr. 4 S. 1 SGB V). Die Krankenkassen und ihre Verbände (ebenso wie die

20 *Geraedts*, Qualitätsberichte deutscher Krankenhäuser und Qualitätsvergleiche von Einrichtungen des Gesundheitswesens aus Sicht der Versicherten, in: Bertelsmann Stiftung (Hrsg.), Gesundheitsmonitor 2006, S. 154 (156).

21 Damit schreibt er erste Ansätze von Transparenzbemühungen, die insbesondere mit Arzneimitteltransparenzlisten in den achtziger Jahren ihren Anfang nahmen (dazu BVerwG, Urt. v. 18.4.1985, BVerwGE 71, S. 183 ff.; ferner für Hilfsmittelverträge § 127 Abs. 3 S. 1 SGB V sowie für zahntechnische Leistungen § 88 Abs. 2 S. 3 SGB V), konsequent im Internetzeitalter fort.

Kassenärztlichen Vereinigungen) können die Versicherten darüber hinaus auch vergleichend über die Qualitätsmerkmale der Krankenhäuser informieren und Empfehlungen aussprechen (§ 137 Abs. 3 S. 4 SGB V).

Auf dieser Grundlage findet sich inzwischen eine Vielzahl von Krankenhaus-Vergleichs-Portalen der gesetzlichen Krankenversicherungen, so etwa der »Krankenhaus-Navigator« der AOK, der »Krankenhauskompass« der DAK, bei der Barmer firmiert die Einrichtung unter dem Begriff des »Kliniklotsen«, die Technikerkrankenkasse kennt den »Klinikführer«, bei der »BKK« heißt er etwas nüchterner »Krankenhaussuche« – der Gemeinsame Bundesausschuss schließlich nennt ihn »Klinikprofi«. Die Portale wollen den Versicherten eine umfassende Entscheidungshilfe für die Wahl des für sie jeweils geeignetsten Krankenhauses an die Hand geben. Der Ratsuchende wird dort aufgefordert, seine Diagnose und seinen örtlichen Suchradius einzugeben. Das Portal wirft dann Vergleichsergebnisse aus, die eine informierte Entscheidung des Patienten ermöglichen sollen. Ziel ist es, durch Vergleichbarkeit im Qualitätswettbewerb und durch Transparenz des Leistungserbringungsgeschehens eine Entscheidungs- und Orientierungshilfe für die Versicherten und die Vertragsärzte zu schaffen – und den Krankenhäusern ein effizientes und transparentes Außenmarketing zu ermöglichen. Manche Krankenkasse nutzt die Ergebnisse auch für Gespräche mit dem Krankenhaus selbst, um Optimierungspotenzial in der Behandlungsqualität auszuloten. Daran wird auch die Sensibilität des Projekts deutlich: Es geht um Informationsbeschaffung, um daraus Handlungsempfehlungen abzuleiten. Den Portalen ist ein unmittelbares wettbewerbliches Steuerungspotenzial eigen.

In die Generierung des Suchergebnisses binden viele, so etwa das Portal der Technikerkrankenkasse und der AOK, neben den Qualitätsberichten der Krankenhäuser auch unmittelbar die Ergebnisse von Patientenbefragungen ein<sup>22</sup>. Während die offiziellen Qualitätsberichte Zahlen und Fakten zu den Kliniken, etwa zur Anzahl der Betten und Operationen, enthalten sowie Daten zur Qualifizierung ihrer Ärzte und den Erfolg ihrer Behandlungen nennen, zielen die Fragebögen auf die Erfahrungen der Patienten ab: Sie sollen die Professionalität der Betreuung, die Beziehung zu Ärzten und Pflegepersonal, den Service und den Behandlungserfolg bewerten und v.a. angeben, ob die Patienten das Krankenhaus weiterempfehlen würden. Die Patientenbefragungen sind das Ergebnis von Erhebungen, die die betreffenden Krankenkassen bei ihren Versicherten nach einem stationären Krankenhausaufent-

22 Vgl. zu Patientenbefragungen als Instrument der Qualitätsentwicklung in der internationalen Entwicklung etwa *Strodtholz/Badura*, Patientenorientierung im Gesundheitswesen durch Patientenbefragung, in: *Wendt/Wolf* (Hrsg.), *Soziologie der Gesundheit*, 2006, S. 444 (448 ff.) m.w.N.



halt seit einigen Jahren durchführen<sup>23</sup>. Ein Ranking der Kliniken gibt es (bislang) in den Krankenhaus-Bewertungsportalen aber nicht. Vielmehr sollen die Portale dazu beitragen, dass Patienten sich gezielt nach persönlichen Kriterien für eine Klinik entscheiden können. Ein persönlicher Beratungsservice ergänzt mitunter das Angebot, so etwa die telefonische Beratung der »Weißen Liste«, die mit der Unabhängigen Patientenberatung Deutschland (UPD) kooperiert<sup>24</sup>.

## 2. Pflegeeinrichtungen – sog. Pflege-TÜV

Qualitätssicherung durch vergleichende Bewertung hat sich der Gesetzgeber auch in einem Bereich auf die Fahnen geschrieben, den die Gesellschaft nur allzu gerne aus ihrem Wahrnehmungsradius verdrängt: der Pflege. Ruchbar gewordene Missstände, wie Abmagerung und Wundliegen Pflegebedürftiger, haben das Vertrauen in die Qualität der Pflege in der Bevölkerung erschüttert. Der sogenannte Pflege-TÜV will hier durch Transparenz verlorenen Boden wieder gutmachen und für Orientierungssicherheit sorgen. Er ist eines der Herzstücke der Pflegereform aus dem Jahre 2008<sup>25</sup>. Als Meilenstein der Qualitätssicherung in der Pflege gefeiert, will er die Verbraucher in den Stand versetzen, vorhandene Angebote zu vergleichen, eine selbstbestimmte Entscheidung zu treffen und damit in der Vielfalt der Anbieter die Spreu vom Weizen zu trennen. Die Bewertung erscheint nicht zuletzt als sinnvoller Teil einer wirtschaftlichen Qualitätssteuerung: Die finanziellen Ressourcen der Pflegeversicherung schmelzen dahin. Zugleich besteht Schätzungen zufolge ein Überangebot von etwa 50.000 bis 60.000 Betten.

Seit 2008 kontrolliert der Medizinische Dienst der Krankenversicherung (MDK) auf der Grundlage der §§ 114, 114a SGB XI nunmehr unangekündigt alle 22.000 ambulanten und stationären Pflegeeinrichtungen in Deutschland. Rund 400 Kontrolleure sind dafür Land auf Land ab hauptamtlich im Einsatz. Die Prüfungen werden künftig im Jahresrhythmus wiederholt. Die Prüfer bewerten die Leistungen und Angebote einer stationären Einrichtung anhand von 64 Einzelkriterien<sup>26</sup>. Die Kriterien

23 Vgl. dazu die Beiträge in: Satzinger et al. (Hrsg.), Patientenbefragungen in Krankenhäusern, 2001 sowie in: Ruprecht (Hrsg.), Experten fragen – Patienten antworten, 1998, S. 117 ff.

24 Die Unabhängige Patienteninformation Deutschland ist Teil eines Modellvorhabens zur Förderung von Einrichtungen zur Verbraucher- und Patientenberatung, für das das SGB V in § 65b ausdrücklich eine gesetzliche Förderung vorsieht.

25 Gesetz zur strukturellen Weiterentwicklung der Pflegeversicherung vom 28.5.2008, BGBl I, S. 874; siehe dazu den Gesetzesentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 16/7439, 16/7486.

26 Im Falle eines ambulanten Pflegedienstes setzt sich die Gesamtnote aus 37 Einzelbewertungen zusammen: 17 Qualitätskriterien sind für pflegerische Leistungen vorgesehen und jeweils

beziehen sich auf vier Qualitätsbereiche: 1. Pflege und medizinische Versorgung, 2. Umgang mit Demenzzkranken, 3. Soziale Betreuung und Alltagsgestaltung sowie 4. Wohnen, Verpflegung, Hauswirtschaft, Hygiene. Zusätzlich werden den Heimbewohnern stichprobenartig<sup>27</sup> Fragebögen vorgelegt<sup>28</sup>. Aus den Einzelnoten wird für jedes Heim eine Gesamtschulnote von 1-5, errechnet, die im Internet veröffentlicht wird<sup>29</sup>. Auch die Pflegeanbieter selbst müssen ihr Prüfergebnis an gut sichtbarer Stelle öffentlich zugänglich machen.

Seit November 2010 sind unter der Adresse »www.pflegelotse.de« die ersten Ergebnisse im Internet abrufbar. Sie scheinen auf den ersten Blick Mut zu machen: 70 % der Pflegeheime erhalten die Note »gut« oder »sehr gut«. Die Durchschnittsnote liegt bei 2,2. »Ausreichend« sind den Prüfern zufolge nur 6,9 Prozent der Heime, »mangelhaft« sogar nur 1,2 Prozent – das sind lediglich zwölf von mehr als 1000 Einrichtungen. Sind die Pflegeeinrichtungen also viel besser als ihr Ruf?

Diese Schlussfolgerung wäre voreilig. Das hohe Notenniveau lässt sich mit einer einfachen Diagnose erklären: Der Fragenkatalog wurde durch Selbstverwaltungskörperschaften der Pflegeorgane im Wege der Transparenzvereinbarung (§ 115 Abs. 1a S. 6 SGB XI) selbst miterarbeitet<sup>30</sup>. Die Noten sind damit das voraussagbare Ergebnis eines durch Interessengruppen weich gespülten Fragenkatalogs. Das Bewertungssystem suggeriert eine transparente und vergleichbare Aussage über die Gesamtergebnisqualität der Pflege, die ihr sachlich nicht zukommt. Denn zum einen misst es weniger die Qualität als vielmehr die Dokumentation der Pflege, bildet die *Prozess*-, nicht aber unbedingt die *Ergebnis*qualität ab. Damit lenkt es den Aufwand in die Dokumentation, nicht aber in die Zuwendung zum Pflegebedürftigen; nicht der Mensch, sondern seine Verwaltung steht im Vordergrund der Bewertung. Der Pflege-TÜV kann dadurch tatsächlich bestehende Defizite und Missstände vernebeln. Pflegeheime mit guter Ergebnisqualität werden im Vergleich schlechter abschneiden als solche Pflegeheime mit guter Prozess-, aber schlechter Behandlungs-

10 Qualitätskriterien für ärztlich verordnete pflegerische Leistungen sowie den Bereich „Dienstleistung und Organisation“.

27 Zwischen 10 und 15 % der Heimbewohner werden unmittelbar mit Fragebögen befragt.

28 Aufgabe der persönlichen Befragung ist es, die persönliche Sicht der Pflegebedürftigen widerzuspiegeln und die fachliche Beurteilung unter medizinisch pflegerischen Aspekten zu ergänzen. Die Befragten werden nach dem Zufallsprinzip bestimmt – mindestens 5, maximal 15; dabei werden unterschiedliche Pflegestufen unberücksichtigt.

29 Die Befragungen der Patienten gehen dabei nicht in die Gesamtnote ein. Sie werden gesondert ausgewiesen.

30 Beteiligt waren die Bundesarbeitsgemeinschaft der überörtlichen Träger der Sozialhilfe, die Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände, die Vereinigungen der Träger der Pflegeeinrichtungen und der GKV-Spitzenverband als Vertreter der gesetzlichen Pflegekassen.

qualität. Zum anderen sind die Bewertungskriterien untereinander nicht quantitativ gewichtet. Sie gehen mit jeweils identischem Gewicht in das Gesamtergebnis ein und sind damit vollständig gegeneinander aufrechenbar. Eine gute Note für »jahreszeitliche Feste« kann eine schlechte Note im Umgang mit Medikamenten ausgleichen; Mängel in der Flüssigkeitsversorgung der Pflegebedürftigen können durch Erste-Hilfe-Belehrungen der Mitarbeiter kompensiert werden. Es ist mit anderen Worten eine gute Gesamtnote möglich, obwohl gravierende Pflegemängel bestehen. Echte KO-Kriterien oder besonders gewichtete Fragen fehlen beim Pflege-TÜV bisher.

Mit inhaltlichen Defiziten von Bewertungssystemen wird man sich notgedrungen arrangieren müssen. Qualität lässt sich nur unter Einbußen und Inkaufnahme von Vereinfachung in Zahlen rubrizieren. Sie beschreibt ein Gesamturteil, das auf einem komplexen Prozess der Abwägung heterogener Faktoren und damit einer Wertung basiert. Die Quantifizierung von Qualitätsaussagen ist immer um den Preis der Reduktion von Komplexität erkaufte. Mit dem Rechenschieber lässt sich ein derartiges Urteil weder fällen noch überprüfen. »Pathologisch« wird der Fall aber dann, wenn die gesetzlichen und verfassungsrechtlichen Maßstäbe der Qualitätsbewertung verletzt werden. An derart gravierenden Kinderkrankheiten leidet der Pflege-TÜV durchaus. Denn das Gesetz gibt in § 115 Abs. 1a Satz 1 SGB XI vor, dass insbesondere die Ergebnis- und Lebensqualität zu messen sind<sup>31</sup>. Das bildet das jetzige Bewertungssystem nicht hinreichend ab. Mögen auch valide Indikatoren der Ergebnis- und Lebensqualität noch nicht in wünschenswertem Umfang existieren, so muss den vorhandenen aber doch ein hinreichendes Gewicht zugemessen werden. Sonst hat eine Veröffentlichung von Pflegequalitätsergebnissen so lange zu unterbleiben, wie sie nicht den gesetzlichen Vorgaben entspricht<sup>32</sup>. Ein Zweites kommt hinzu: Dass ein Bewertungssystem durch nicht selbst ausreichend demokratisch legitimierte Betroffene im Wege der Vereinbarung erarbeitet wird (§ 115 Abs. 1a S. 6 SGB V), ist – insbesondere vor dem Angesicht des Parlamentsvorbehalts und der Schranken des Art. 80 GG für die Entäußerung von Rechtssetzungsmacht in für die Wahrnehmung von Grundrechten zentralen Bereichen – nur dann rechtsstaatlich und demokratietheoretisch verantwortbar, wenn der Gesetzgeber hinreichende inhaltliche Steuerungsvorgaben für die zu treffende Entscheidung vorgibt, sich die Konkretisierung insbesondere auf die Ausfüllung gesetzlicher Steuerungsvorgaben beschränkt. Letztere lässt das SGB XI vermissen. Es lässt demokratisch nicht legitimierten Rechts-

31 Vgl. dazu auch die Gesetzesbegründung der Bundesregierung zum Pflege-Weiterentwicklungsgesetz, BT-Drucks. 16/7439, S. 89.

32 A.A. SG Bayreuth, Beschl. v. 11.1.2010, S. 13 A.U.; wie hier SG Münster, Beschl. v. 18.1.2010, S. 10 f. A.U.

trägern freie Hand in der Ausgestaltung von für die weitere Berufsausübung zentralen Prüfkriterien – und dies, ohne ein Mindestmaß an Steuerungsvorgaben zu treffen, das eine ausreichende demokratische Legitimation sicherstellt<sup>33</sup>.

Der Pflege-TÜV hat sicher eines erreicht: Er befreit die Betroffenen aus dem Zustand völliger Unwissenheit und Informationslosigkeit und eröffnet eine erste Vergleichsmöglichkeit der Pflegeeinrichtungen sowie der ambulanten Dienste. Unzulänglichkeiten mögen dem einen oder anderen da als kleineres Übel erscheinen. Das Bessere ist aber nicht nur der Feind des Guten. Das Gute braucht ein rechtsstaatliches Minimum. Solange dem nicht Genüge getan ist, ist das Heilmittel schlimmer als das Übel und daher nicht verantwortbar.

#### IV. *Arztbewertungsportale als Herausforderung an das Gesundheitsrecht*

##### 1. Zulässigkeit von Arztbewertungsportalen gesetzlicher Krankenkassen

Anders als für die Bewertung von Krankenhäusern und Pflegeeinrichtungen findet sich für Arztbewertungsportale keine gleichermaßen klare Eingriffsgrundlage.

##### a) Gesetzliche Grundlage

Das scheint auf den ersten Blick nach einem Umkehrschluss und damit einer Unzulässigkeit von Arztbewertungsportalen zu rufen. Die Normen über Krankenhäuser und Pflegeeinrichtungen verstehen sich jedoch nicht als abschließend<sup>34</sup>; von ihnen geht nach ihrer Intention keine Sperrwirkung aus. Auch der Umstand, dass das Gesetz bereits an anderer Stelle (namentlich in § 136 Abs. 1 und 2 SGB V) ausdrücklich Instrumente und Erhebungsmethoden für ein gesetzliches Qualitätssicherungssystem in der vertragsärztlichen Versorgung (einschließlich einer Zuständigkeitszuweisung an einen anderen Selbstverwaltungsträger, nämlich die Kassenärztlichen Vereinigungen) vorsieht, schafft keine Exklusivität, die eine auf Patientenempfehlungen beruhende Arzt-Auswahlhilfe als Informationsplattform ausschließt. Die

33 A.A. LSG Nordrhein-Westfalen, Beschl. v. 10.5.2010, BeckRS 2010, 69440; SG Augsburg, Beschl. v. 22.12.2009, S. 6 f. A.U.

34 § 115 Abs. 1a SGB XI begründet überdies *Verpflichtungen* der bewertenden Stelle zum Tätigwerden und beschränkt sich insoweit nicht auf eine Ermächtigung.

Qualitätsprüfung des § 136 Abs. 2 SGB V bezieht sich insbesondere auf eine unmittelbare Qualitätskontrolle durch sachverständige Begutachtung<sup>35</sup>, nicht aber auf eine Qualitätskontrolle durch Patientenbewertungen; ihr Regelungsgegenstand ist verschieden<sup>36</sup>.

- aa) Erforderlichkeit einer gesetzlichen Grundlage – zur Dogmatik staatlichen Informationshandelns

Das BVerfG würde womöglich so weit gehen, auf eine ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung zu verzichten und das Vorliegen eines Eingriffs in die Berufsfreiheit sowie das informationelle Selbstbestimmungsrecht der Ärzte zu verneinen. Herstellung von Markttransparenz durch staatliche Information ist nach seinem Grundverständnis in den Entscheidungen Glykol<sup>37</sup> und Osho<sup>38</sup> kein Eingriff, sondern eine

35 Praktiziert wird diese Prüfung etwa bei der Qualitätsbeurteilung von Röntgenaufnahmen durch Röntgenkommissionen und der Kernspintomographie durch von der Krankenversicherung zugezogene Sachverständige; vgl. *Hess*, in: *Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht*, 63. EL 2009, § 136 SGB V, Rn. 4.

36 Es lässt sich zwar die Auffassung vertreten, dass ein gesetzlich vorgesehenes Qualitätssicherungssystem, das nach seiner Konzeption ausdrücklich und bewusst auf Stichproben beschränkt ist, insbesondere Vollerhebungen nur ganz ausnahmsweise zulässt, durch ein von den Krankenkassen betriebenes Patientenbewertungssystem in seiner datenschutzrechtlichen und zuständigkeitsorientierten Konzeption unterwandert zu werden droht. Ein Patienten-Bewertungs-Portal zielt jedoch auf ein aliud. Es zielt insbesondere – anders als die Qualitätsprüfungen nach § 136 Abs. 2 SGB V – nicht vorrangig auf eine Auskunft über ärztliche Leistungsqualität im engeren Sinne, ist dazu auch nur sehr bedingt in der Lage (vgl. dazu im Einzelnen unten IV.1.b.bb). Es will vielmehr den Versicherten eine präferenzgestützte Entscheidung bei der Arztsuche ermöglichen und damit den Prozess der Arztwahl steuern, nicht aber eine hoheitliche Kontrolle medizinischer Behandlungsqualität wie nach § 136 Abs. 2 SGB V vornehmen.

37 BVerfG, Beschl. v. 26.6.2002, BVerfGE 105, S. 252 ff.

38 BVerfG, Urt. v. 26.6.2002, BVerfGE 105, S. 279 ff.; vgl. dazu *Bethge*, Zur verfassungsrechtlichen Legitimation informalen Staatshandelns der Bundesregierung, *Jura* 2003, S. 327 ff.; *Bumke*, Publikumsinformation, *Die Verwaltung* 37 (2004), S. 3 ff.; *Faßbender*, Wettbewerbsrelevantes Staatshandeln und Berufsfreiheit: Quo vadis, Bundesverfassungsgericht?, *NJW* 2004, S. 816 ff.; *Hellmann*, Eine Warnung vor dem BVerfG, *NVwZ* 2005, S. 163 ff.; *Huber*, Die Informationstätigkeit der öffentlichen Hand – ein grundrechtliches Sonderregime aus Karlsruhe?, *JZ* 2003, S. 290 ff.; *Murswiek*, Das Bundesverfassungsgericht und die Dogmatik mittelbarer Grundrechtseingriffe, *NVwZ* 2003, S. 1 ff.; *Ruge*, Informationstätigkeit der Bundesregierung: Warnungen vor Jugendsekten und glykolphaltigen Weinen, *ThürVBl.* 2003, S. 49 ff.; *Kahl*, Vom weiteren Schutzbereich zum engen Gewährleistungsgehalt, *Der Staat* 2004, S. 167 ff.

Grundrechtsausgestaltung: Art 12 Abs. 1 GG schütze nicht vor der Verbreitung zutreffender und sachlich gehaltener Informationen durch den Staat, sofern der Einfluss auf wettbewerbserhebliche Faktoren ohne Verzerrung der Marktverhältnisse erfolge. Um Informationsdefizite von Marktteilnehmern abzubauen<sup>39</sup>, könne dem Staat die Bereitstellung zutreffender Information nicht verwehrt werden.

Dem liegt eine an sich plausible grundrechtliche Ordnungsidee zugrunde: Art. 12 Abs. 1 GG sichert die Teilhabe am Wettbewerb nach Maßgabe seiner Funktionsbedingungen<sup>40</sup>. Funktionsfähiger Wettbewerb aber setzt Transparenz, also Verfügbarkeit der für das individuelle Marktverhalten entscheidungserheblichen Preis- und Qualitätsinformationen, voraus. Zur Freiheit der marktwirtschaftlichen Betätigung gehört dann als Pendant auch die Freiheit, von allen für die Entscheidungsbildung relevanten öffentlich zugänglichen Tatsachen Kenntnis zu nehmen. Macht der Staat der Öffentlichkeit Informationen zugänglich, die für die Entscheidungsbildung der Marktsubjekte relevant sind, geht damit eine Verbesserung der Funktionsfähigkeit des Marktes und damit der Entfaltungsbedingungen des Art. 12 Abs. 1 GG einher. Die Vorenthaltung marktrelevanter Informationen läuft dem Ordnungsziel des Art. 12 Abs. 1 GG nach diesem Verständnis eher zuwider als deren Offenbarung<sup>41</sup>.

So nachvollziehbar sich dieser Ansatz des BVerfG auch präsentiert, so sehr krankt er gleichwohl an einem entscheidenden Webfehler: Er verwechselt *Rechtfertigbarkeit* und *Rechtfertigungsbedürftigkeit*. Dass sich eine sachliche Rechtfertigung für staatliches Informationshandeln finden lässt, heißt nicht, dass der Gesetzgeber ihrer enthoben wäre. Ein Verzicht auf eine Eingriffsgrundlage ermöglicht unspezifische Freiheitsverengungen auf der Schutzbereichsebene, deren Kontrolle nicht systematisch vorgezeichnet ist. Überdies beschränkt sich das staatliche Informationshandeln im Falle der Bereitstellung einer Bewertungsplattform nicht auf eine reine Tatsachenmitteilung, wie etwa eine Veröffentlichung des Schadstoffgehalts eines Lebensmittels. Ihre Steuerungswirkung beruht vielmehr auf der Aggregation rein subjektiver Einschätzungen zu einer Kennzahl, die (nur in der Art ihres Zustandekommens) nicht (aber) in ihrer inhaltlichen Richtigkeit überprüfbar ist. Als solche bedarf sie einer gesetzlichen Grundlage<sup>42</sup>.

39 Vgl. dazu oben II. (S. 156 ff.).

40 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 26.6.2002, BVerfGE 105, S. 252 (265).

41 Vgl. *Lübbe-Wolff*, Rechtsprobleme der behördlichen Umweltberatung, NJW 1987, S. 2705 (2711). Hinzu tritt die Unvorhersehbarkeit der konkreten Entscheidungssituationen und ihrer Wirkungen. Jedenfalls bei der vielgestaltigen Informationstätigkeit der Bundesregierung müsse man sich stets allgemein gehaltener Formeln und Generalklauseln bedienen. Vgl. dazu ausführlich *Klement*, Der Vorbehalt des Gesetzes für das Unvorhersehbare, DÖV 2005, S. 507 ff.

42 A.A. (in einem obiter dictum) *Gomille* (Fn. 3), S. 820 mit Fn. 40.

bb) Befugnisnormen im SGB V

Eine klar formulierte Befugnisnorm für Arztbewertungsportale sucht man vergebens. Grammatikalisch lässt sich bei unbefangener Lektüre § 106 Abs. 1 SGB V als eine Rechtsgrundlage für das Tätigwerden der Krankenversicherer deuten. Aus der Systematik der Vorschrift ergibt sich jedoch, dass mit der dort genannten »Beratung« die Beratung der Vertragsärzte (und nicht der Patienten) und mit »Prüfungen« der Wirtschaftlichkeit durch Auffälligkeits- und Zufälligkeitsprüfung (§ 106 Abs. 2 SGB V) eine amtliche Prüfung durch professionelle Fachgutachter (§ 106 Abs. 4a, §§ 296, 297 SGB V), nicht aber durch Patienten bezeichnet ist.

Für Arztbewertungsportale bleibt nur der Rückgriff auf allgemeinere Normen des Sozialrechts. Denkbar erscheint ein Rekurs auf das Wirtschaftlichkeitsgebot des § 2 Abs. 4, § 4 Abs. 4 Satz 1 und § 12 SGB V, können Bewertungsportale doch zu einer qualitätsorientierten Ressourcensteuerung, insbesondere einer Eindämmung ressourcenverschlingenden Ärzte-Hoppings<sup>43</sup>, beitragen. Das Wirtschaftlichkeitsprinzip als eines der wichtigen Prinzipien des Rechts der gesetzlichen Krankenversicherung bindet alle Beteiligten – auch die Leistungserbringer. Es handelt sich bei den Vorschriften jedoch um Aufgaben-, keine Befugnisnormen. Sie sind zu unspezifisch, um die nicht unerheblichen grundrechtlichen Wirkungen, die von einem Bewertungsportal ausgehen, vollständig legitimieren zu können.

Die AOK selbst sieht in den allgemeinen sozialrechtlichen Einweisungsvorschriften der §§ 13-15 SGB I i.V.m. § 1 S. 3 SGB V eine hinreichende Eingriffsgrundlage für ihr Wirken<sup>44</sup>. Die Vorschriften begründen einen Betreuungsauftrag der Krankenkassen: Die Krankenkassen haben »den Versicherten durch Aufklärung, Beratung und Leistungen zu helfen und auf gesunde Lebensverhältnisse hinzuwirken«, heißt es dort. Die Versicherten sollen in ihrer eigenverantwortlichen Wahrnehmung von Rechten unterstützt werden, um die angebotenen Leistungen interessengerecht nutzen zu können<sup>45</sup>. Hilfe durch Beratung und Aufklärung kann sich namentlich in der

43 Zur Bekämpfung eines solchen Doktor-Hoppings hat das SGB V in § 64 Abs. 4 ausdrücklich die Möglichkeit vorgesehen, ein »Modellvorhaben zur Vermeidung einer unkoordinierten Mehrfachinanspruchnahme von Vertragsärzten durch die Versicherten« durchzuführen (vgl. dazu BT-Drucks. 13/7264, S. 19 und S. 63). In dem Modellvorhaben kann vorgesehen werden, dass ein Vertragsarzt die Leistungserbringung davon abhängig machen kann, ob er mit den Versicherten im Kostenerstattungsverfahren abrechnen kann. Vgl. dazu auch Kruse, in: Hänlein/Kruse (Hrsg.) LPK-SGB V, 3. Aufl. 2009, § 65, Rn. 9 f.

44 Vgl. Thielscher/Schmitz/Flocke, Dürfen Krankenkassen Informationen über die Qualität von Ärzten veröffentlichen?, Die Krankenversicherung 2009, S. 244 (245).

45 Zu diesem Zweck erstreckt § 15 Abs. 2 SGB I die Auskunftspflicht ausdrücklich »auf die Benennung der für die Sozialleistungen zuständigen Leistungsträger sowie auf alle Sach- und

Bereitstellung von Informationen vollziehen. Die Vorschrift des § 1 S. 3 SGB V bietet dafür eine eigenständige Rechtsgrundlage<sup>46</sup>. Gedacht ist dabei zwar primär an von den Krankenkassen selbst erhobene und geprüfte Informationen, etwa Patientenberatung sowie die Aufklärung über bestehende Rechte, aber auch durch Informationen Dritter, die die Krankenkassen vermitteln, kann ein Informationswert generiert werden, für den die Krankenkasse eine Vermittlerfunktion i.S.d. § 1 S. 3 SGB V wahrnehmen kann.

Der Rückgriff auf die allgemeine Norm des § 1 S. 3 SGB V überzeugt gleichwohl nicht. Die Vorschrift ermächtigt zwar zur Information, schließt damit aber nicht als solche auch mit hinreichender Bestimmtheit die Beeinträchtigung der Grundrechte Dritter ein, die von einem Bewertungsportal für Ärzte ausgeht<sup>47</sup>. Diese Qualität kommt allenfalls einer anderen Vorschrift zu, namentlich dem § 305 Abs. 3 S. 1 SGB V. Die Vorschrift formuliert Informationsansprüche der Versicherten gegenüber ihrer Krankenkasse. Damit verbindet sich grundsätzlich zwar nicht notwendig eine unbegrenzte Eingriffsbefugnis. Immerhin erwähnt die Norm als *lex specialis* aber ausdrücklich auch die Leistungserbringer und schließt damit implizit entsprechende Grundrechtseingriffe in die Ermächtigung mit ein. Die Norm ist insoweit doppelunktional. Sie begründet eine Informationspflicht und legitimiert die mit der Informationsweitergabe verbundene Beeinträchtigung der Rechte Dritter. Sie soll nach der Motivation des Gesetzgebers gerade eine gesetzliche Grundlage dafür schaffen, dass Krankenkassen ihre Versicherten auf Verlangen über Preise und Qualität von verordnungsfähigen Leistungen informieren können und damit eine selbstverantwortliche Entscheidung der Versicherten ermöglichen<sup>48</sup>.

Welche Informationen dazu gehören, ob diese insbesondere die Qualität der Behandlung einschließen, spezifiziert die Vorschrift zwar nicht explizit. Immerhin spricht sie aber bewusst von einer »umfassenden« Unterrichtung. Dazu gehört –

Rechtsfragen, die für die Auskunftsuchenden von Bedeutung sein können und zu deren Beantwortung die Auskunftsstelle imstande ist«.

46 Vgl. dazu *Krauskopf*, Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung 68. EL 2010, § 1 SGB V, Rn. 13 f.

47 Vgl. zu dem ähnlichen Fall einer Existenzgründungsberatung einer IHK unter Berufung auf § 1 Abs. 1 IHK-G BVerwG, Urt. v. 17.12.1991, GRUR 1992, S. 453 (454) sowie eines Futtermittelwarentests durch die Landwirtschaftskammer unter Berufung auf eine allgemeine Aufgabenorm BVerwG, Urt. v. 7.12.1995, NJW 1996, S. 3161 und der Veröffentlichung von Arzneimitteltransparenzlisten BVerwG, Urt. v. 18.4.1985, BVerwGE 71, S. 183 (199).

48 Aus ihr fließt eine Informationspflicht im Hinblick auf die der Krankenkasse *verfügbaren* Informationen, nicht notwendig auch eine *Informationsbeschaffungspflicht*. Die Informationspflicht kann jedoch die Befugnis der Krankenkassen implizieren, sich entsprechende Informationen beschaffen zu *dürfen* (wenn auch nicht zu *müssen*), um ihre Informationspflicht zu erfüllen.



nach dem erklärten Willen des Gesetzgebers – auch »die Herstellung von Transparenz über Angebote, Leistungen, Kosten und Qualität«. Wenn die Vorschrift (so jedenfalls nach der Vorstellung des Gesetzgebers) einen Beitrag zur Verbesserung von Qualität und Wirtschaftlichkeit liefern soll, dann schließt dies konsequenterweise auch Information über die Leistungsqualität ein. Die Vorschrift will die Versicherten »von Betroffenen zu Beteiligten machen« und ihnen mehr Eigenverantwortung zumuten, damit sie über Versicherungs- und Versorgungsangebote im Interesse einer »Verbesserung der Qualität und Wirtschaftlichkeit« entscheiden können<sup>49</sup>.

Ein Arztbewertungsportal hält zwar nicht eigene, selbst recherchierte Informationen der Krankenkasse vor. Das steht nach der Ratio des § 305 Abs. 3 S. 1 SGB V seiner Fruchtbarmachung als Eingriffsgrundlage aber nicht entgegen. Informieren kann nur, wer selbst informiert ist. Der informierende Staat lebt vielfach von Informationen, die er nicht selbst generieren kann<sup>50</sup>. Staatliche Informationspolitik besteht insoweit nicht selten darin, Wissenstransfer zwischen Privaten zu ermöglichen. Den Informationszweck können vor diesem Hintergrund auch von den Versicherten selbst zusammengetragene, für die Krankenversicherung als solche nicht ohne Weiteres in gleicher Weise zugängliche Informationen erfüllen.

Dass der Informationsanspruch nicht generell, sondern nur »auf Verlangen« besteht, disqualifiziert den § 305 Abs. 3 S. 1 SGB V ebenfalls nicht als Ermächtigungsgrundlage für Arztbewertungsportale. Zwar werden mit einem solchen Portal Informationen auf Vorrat vorgehalten. In dem Aufrufen der Plattform und der Anforderung von Informationen mithilfe des Log-in liegt jedoch das gesetzlich geforderte Verlangen im Sinne des § 305 Abs. 3 S. 1 SGB V.

b) Datenschutzrechtliche, grundrechtliche und wettbewerbsrechtliche Anforderungen

Die Vorschrift des § 305 Abs. 3 S. 1 SGB V stellt Bewertungsportale insoweit auf ein zwar schwaches, aber doch hinreichend tragfähiges rechtsstaatliches Fundament. Damit sind die Anforderungen an Bewertungsportale noch nicht abschließend beschrieben. § 305 Abs. 3 S. 1 SGB V verhält sich insbesondere nicht zu der Frage, auf welcher Datengrundlage die Krankenkassen entsprechende Informationen erhe-

49 Vgl. dazu die Gesetzesbegründung in BT-Drucks. 15/1525, S. 150 f.

50 Das bekannte Böckenförde-Theorem (*Böckenförde*, Staat, Gesellschaft, Freiheit, 1976, S. 60) lässt sich insoweit auch für den Informationsstaat fruchtbar machen. Vgl. *Steffen Augsberg*, Der Staat als Informationsmittler, DVBl 2007, S. 733 (738) sowie allgemein dazu *Pohl*, Informationsbeschaffung beim Mitbürger, 2002, S. 152 ff.

ben und weitergeben dürfen; eine Arztbewertungsplattform ist datenschutzrechtlicher Anforderungen nicht enthoben (dazu unten aa). Darüber hinaus ist staatliches Informationshandeln an die Grundsätze der Objektivität und Neutralität als rechtsstaatliche Mindestanforderung gebunden (dazu unten bb). Schließlich sind auch wettbewerbsrechtliche Schranken zu beachten (unten cc).

aa) Datenschutzrechtliche Schranken

Den datenschutzrechtlichen Rahmen stecken insbesondere die Vorschriften der §§ 12, 27 ff. BDSG, § 284 SGB V und die §§ 67a ff. SGB X ab<sup>51</sup>. Das Erheben und Speichern von Daten über Versicherte und Leistungserbringer ist danach nicht unbegrenzt zulässig. Wenn es sich bei den in Bewertungsportalen gespeicherten Informationen um Sozialdaten handelt, dann sind dem Handeln sehr enge Grenzen gesetzt<sup>52</sup>.

(1) Der Aufgabenkatalog des § 284 Abs. 1 SGB V als Handlungsgrenze

Die Erhebung und Speicherung von Sozialdaten steht nach § 284 Abs. 1 SGB V unter einem doppelten Vorbehalt: Sie ist nur für bestimmte enumerativ genannte Zwecke der Krankenkassenaufgaben<sup>53</sup> und auch hier nur in den Grenzen des unbe-

51 Die drei Normen stehen in einem Spezialitätsverhältnis zueinander. Lex specialis ist die Vorschrift des § 284 SGB V. Ergänzend treten die datenschutzrechtlichen Bestimmungen des SGB I und des SGB X hinzu (vgl. § 284 Abs. 1 S. 5 SGB V).

52 Ein Rückgriff auf die allgemeinen Vorschriften des Datenschutzrechts, namentlich das BDSG, ist dann ausgeschlossen. Der Sozialdatenschutz unterliegt nach dem Willen des Gesetzgebers allein den Regelungen des SGB. Der Gesetzgeber wollte der Sensibilität von Gesundheitsdaten bewusst durch ein bereichsspezifisches Sonderrecht Rechnung tragen. Dazu BSG, Urt. v. 10.12.2008, NJOZ 2009, S. 2959 (2968); auch BSGE 90, S. 1 (5).

53 Bei unbefangener Betrachtung ließe sich erwägen, das Merkmal »Zwecke der Krankenversicherung« als Eingrenzungstatbestand anzusehen, der Bewertungsportale dem Anwendungsbereich des § 284 SGB V entrinnen lässt. Versteht man das Merkmal dahin, dass es nur solche Speicherungs- und Erhebungsvorgänge erfasst, die *unmittelbar* der Krankenversicherung und ihrer *eigenen* Aufgabenerledigung (nicht aber der Information der Bevölkerung dienen), dann sind Informationen, die die Krankenversicherung ihren Versicherten für die autonome Entscheidungsfindung vermittelt, davon möglicherweise nicht erfasst. Die Information der Versicherten ist aber jedenfalls eine Aufgabe der Krankenversicherung. Eine Differenzierung zwischen unmittelbaren und mittelbaren Zwecken der Krankenversicherung ist in der Wendung »Zwecke der Krankenversicherung« auch nicht angelegt. Ihr geht es vielmehr darum,

dingt Erforderlichen gestattet<sup>54</sup>; das Sozialdatenschutzrecht ist von dem Gedanken der Datensparsamkeit durchdrungen. Wenn überhaupt kommt bei Bewertungsportalen der Zweck der Überwachung der Wirtschaftlichkeit der Leistungserbringung (§ 284 Abs. 1 Nr. 9 SGB V) als Erhebungsgrund in Betracht<sup>55</sup>. Die Vorschrift nimmt zwar zunächst die Wirtschaftlichkeitsprüfung in der vertragsärztlichen Versorgung nach § 106 Abs. 1 SGB V in Bezug, ist darauf aber nicht begrenzt<sup>56</sup>. Die Überwachung der Wirtschaftlichkeit der Leistungserbringer ist eine weitreichende Aufgabe der Krankenversicherung, die sich grundsätzlich nur ausführen lässt, wenn die Krankenversicherung über eine hinreichend große Datenbasis verfügt. Das ändert jedoch nichts daran, dass Bewertungsportale weniger dem Zweck der *Überwachung* der Wirtschaftlichkeit der Leistungserbringung als dem Zweck der *Optimierung* der

solche Tätigkeiten der Krankenkassen aus dem Anwendungsbereich des § 284 SGB V herauszunehmen, bei denen diese nicht zu Zwecken der Krankenversicherung, sondern im Rahmen von Auftragsleistungen der Krankenversicherung, etwa bei der Verletztengeldauszahlung, der Leistungserbringung nach dem BVG etc., für andere Leistungsträger Leistungen erbringen. Vgl. dazu auch *Roß*, in: Hänlein/Kruse (Hrsg.), LPK-SGB V, 3. Aufl. 2009, § 284 Rn. 4.

- 54 Der Gesetzgeber wollte bewusst die Erfassung, Verwendung und Übermittlung von Leistungs- und Gesundheitsdaten auf das für den jeweiligen Zweck unerlässliche Minimum beschränken, um der besonderen Sensibilität einer Verarbeitung personenbezogener Gesundheitsdaten, die zu einem guten Teil der ärztlichen Schweigepflicht unterliegen, Rechnung zu tragen (vgl. BT-Drucks. 11/3480, S. 67).
- 55 Denkbar erscheint prima facie grundsätzlich auch ein Rückgriff auf § 284 Abs. 1 Nr. 12 SGB V. Sollten die Krankenkassen die Informationen, die das Bewertungsportal generiert, dazu nutzen, Vergütungsverträge mit den Ärzten zu steuern, könnte die Vorschrift eine Erhebung und Speicherung von Sozialdaten in den Grenzen der Erforderlichkeit decken. Für die in § 85c und §§ 87a - 87c SGB V vorausgesetzten Zwecke dürften die in den Bewertungsportalen ermittelten Informationen jedoch kaum geeignet sein. Ebenso kommt auch § 284 Abs. 1 S. 1 Nr. 13 SGB V («...einschließlich der Durchführung von Wirtschaftlichkeitsprüfungen und Qualitätsprüfungen») nur prima facie in Betracht. Der Passus («soweit Verträge ohne Beteiligung der Kassenärztlichen Vereinigungen abgeschlossen wurden») macht deutlich, dass die Vorschrift auf einen spezifischen Zweckzusammenhang bezogen ist, der hier nicht berührt wird. Ähnliches gilt auch für Nr. 4 («Prüfung der Leistungspflicht und der *Erbringung von Leistungen an Versicherte*» [Hervorhebung des Verf.]). Dieser Tatbestand erstreckt sich nur auf die Datenerhebung zur Prüfung der Frage, »ob« eine Leistung an die Versicherten erbracht wurde, um Leistungspflichten prüfen zu können, nicht aber das (hier relevante) »Wie« der Leistungserbringung, d.h. eine Qualitätsbeurteilung (durch Mitglieder der Krankenversicherung).
- 56 Den ursprünglich in § 284 Abs. 1 Nr. 9 SGB V enthaltenen Klammerzusatz »§ 106« hat der Gesetzgeber bewusst gestrichen, um auch »Wirtschaftlichkeitsprüfungen anderer Leistungsbereiche« zu erfassen. Die Befugnis ist also recht weit zu verstehen. Siehe die Begründung zum Entwurf eines GKV-Modernisierungsgesetzes, BT-Drucks. 15/1525, S. 142.

Qualitätssicherung verschrieben sind<sup>57</sup>. Ob die Datenerhebung für einen solchen Zweck – dessen Einschlägigkeit einmal unterstellt – wirklich *erforderlich* ist, lässt sich überdies bezweifeln. Bewertungsportale bilden den klassischen Fall einer Vorratsdatenhaltung ab, die abzuwehren grundsätzlich Sinn des § 284 SGB V ist und die damit auf ihre Erforderlichkeit besonders streng zu durchleuchten ist. Es sind andere, gleichermaßen wirksame Möglichkeiten vorstellbar, die Wirtschaftlichkeit der Leistungserbringung ohne die Erhebung und Speicherung von personenbezogenen Daten der Ärzte und Versicherten gleichsam auf Vorrat sicherzustellen. Zu denken ist etwa an direkte Kontrollen durch Prüfer in den Praxen vor Ort, ein Zertifikatsystem, wie bspw. das Qualitätssicherungssystem »Ausgezeichnete Patientenversorgung« der Kassenärztlichen Vereinigung Bayern auf der Grundlage des § 136 Abs. 4 SGB V, oder andere Qualitätssicherungsinstrumente, wie sie im Gesetz unmittelbar in § 106 SGB V auch angelegt sind. Deren fachliche Aussagekraft als Instrument zur Überwachung wirtschaftlicher Leistungserbringung ist höher als ein Laienurteil, belastet aber zugleich das informationelle Selbstbestimmungsrecht der Betroffenen weniger. Überdies setzt die Vorschrift des § 284 Abs. 2 SGB V der Speicherung versichertenbezogener Leistungs- und Gesundheitsdaten enge Grenzen<sup>58</sup>: Sie lässt diese nur für Stichprobenprüfungen (nach § 106 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 SGB V) zu.

## (2) Daten von Arztbewertungsportalen als Sozialdaten

Aus dem engen rechtlichen Korsett des § 284 SGB V kann ein Bewertungsportal einer öffentlich-rechtlichen Krankenkasse mithin wohl nur ausbrechen, wenn es keine Sozialdaten i.S.d. § 35 SGB I i.V.m. § 67 SGB X<sup>59</sup> erhebt oder speichert. Die

57 Beides lässt sich voneinander nicht ohne weiteres trennen. Das Gesetz unterscheidet aber, wie sich etwa aus § 284 Abs. 1 Nr. 13 SGB V (»Wirtschaftlichkeitsprüfungen und Qualitätsprüfungen«) sowie der Parallelnormen des § 94 Abs. 1 Nr. 6 SGB XI (»Wirtschaftlichkeit und Qualität der Leistungserbringung«) ergibt, bewusst und nimmt die (an anderer Stelle verwendeten) begrifflichen und inhaltlichen Topoi des SGB V gezielt in Bezug.

58 Zwar fördert ein Bewertungsportal regelmäßig nur eingeschränkt Informationen über tatsächlich erbrachte oder verordnete ärztliche Leistungen zu Tage, da diese nicht unmittelbar und zwingend Gegenstand einer derartigen Bewertung sind. Je nach Art der Fragestellung können aber auch »versichertenbezogene Angaben über ärztliche Leistungen« (§ 284 Abs. 1 S. 2 SGB V) oder »versichertenbezogene Leistungs- und Gesundheitsdaten« (§ 284 Abs. 2 SGB V) durch eine derartige Befragung jedenfalls mittelbar erkennbar werden.

59 Sozialdaten sind Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse einer bestimmten oder bestimmaren natürlichen Person (Betroffener), die von einer in § 35 SGB I genannten Stelle im Hinblick auf ihre Aufgaben nach diesem Gesetzbuch erhoben, verarbeitet oder genutzt werden.

Versichertendaten, die den Versicherten bei einem Log-in abgerufen werden, stellen jedoch im Verein mit der Bewertung Sozialdaten im Sinne des § 67 SGB X dar. Denn sie lassen einen Rückschluss auf eine bestimmte Person und einen auf sie bezogenen Sachverhalt zu, namentlich dass der Versicherte einen bestimmten Arzt in bestimmter Weise bewertet hat. Dieser Information kommt ein Aussagegehalt zu, der das Schutzbedürfnis des Sozialdatenschutzrechts auslöst<sup>60</sup>. Ihm entrinnt die Krankenkasse als Portalbetreiber (entgegen teilweise vertretener Auffassung<sup>61</sup>) auch nicht unter Berufung auf § 284 Abs. 1 S. 5 i.V.m. § 67b Abs. 1 S. 1 SGB X durch die Einwilligung der Versicherten. Anders als im allgemeinen Datenschutzrecht sieht § 284 SGB V bewusst keine Möglichkeit der Einwilligung vor. Mit der Ausnahmevorschrift des § 63 Abs. 3a S. 2 SGB V (die für Modellvorhaben einen Dispens von den Vorschriften des 10. Kapitels durch schriftliche Einwilligung zulässt), gibt der Gesetzgeber zu erkennen, dass er im Rahmen des § 284 SGB V eine Einwilligung gerade nicht ausreichen lassen will. Unterstrichen wird dies durch andere Vorschriften, in denen der Gesetzgeber die Zulässigkeit einer auf eine Einwilligung gestützten Datenübermittlung ausdrücklich regelt und damit den Grundsatz einer rechtlichen Unerheblichkeit der Einwilligung im Sozialdatenschutzrecht erkennbar macht<sup>62</sup>.

Selbst wenn man der Einwilligung befreiende Wirkung zusprechen wollte (oder mit der Ausgestaltung als [zeitlich befristetes] Modellvorhaben durch schriftliche Einwilligung *der Versicherten* eine Dispensierung von den Vorschriften des § 284 SGB V erzielt), so erstreckt sich ihr rechtfertigender Gehalt nicht auf Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse (§ 67 Abs. 1 Satz 2 SGB X) und Sozialdaten, die das Bewertungsportal über die *bewerteten Ärzte* zutage fördert. Jedenfalls insoweit fehlt eine Einwilligung. Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse stehen Sozialdaten gleich (§ 35 Abs. 4 SGB I) und unterfallen damit ebenfalls den besonderen Schutzregeln des § 284 SGB V. Der Begriff des Betriebs- und Geschäftsgeheimnisses ist – entspre-

60 Insbesondere fließt die Information der Krankenkasse auch im Zusammenhang mit ihrer Aufgabenerledigung, nämlich der ihr nach § 305 Abs. 3 S. 1 SGB V auferlegten Informationspflicht zu, wie es § 67 Abs. 1 SGB X mit der Wendung »im Hinblick auf ihre Aufgaben nach diesem Gesetzbuch« verlangt.

61 In diesem Sinn *Schneider*, in: Krauskopf (Hrsg.), Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, 67. EL 2009, § 284 SGB V, Rn. 36.

62 Namentlich in § 73 Abs. 1b S. 1 und 2 SGB V (für den Datenaustausch zwischen Hausarzt und anderen Leistungserbringern), ferner in § 137f Abs. 3 S. 2 SGB V (für die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung von Daten bei Teilnahme an strukturierten Behandlungsprogrammen bei chronischen Krankheiten) sowie in § 17 Abs. 3 S. 6 KHEntGG (für die bei der Abrechnung von Wahlleistungen im Krankenhaus mögliche Einschaltung einer externen Abrechnungsstelle).

chend seiner Funktion als datenschutzrechtliches, verfassungsrechtlich durch die Berufsfreiheit verbürgtes<sup>63</sup> Äquivalent zu dem Begriff der Sozialdaten – auch grundsätzlich weit zu verstehen. Ihm unterfallen mit dem Geschäftsbetrieb im Zusammenhang stehende Tatsachen, an deren Geheimhaltung ein *berechtigtes wirtschaftliches Interesse* des Betriebsinhabers besteht und für die ein Geheimhaltungswille ausdrücklich geäußert oder erkennbar ist, wie etwa Betriebsstrukturen, Produktionsmethoden und Verfahrensarten, Marktstrategien, Kundenlisten, Lohn- und Finanzverhältnisse<sup>64</sup>. Jedenfalls dann, wenn ein Bewertungsportal ein Freitextfeld vorhält, besteht die naheliegende Gefahr, dass solche Informationen, vermittelt über die Versicherten, zum Gegenstand eines Datenverarbeitungsvorgangs gemacht werden, die einem berechtigten Geheimhaltungsinteresse unterliegen. Es können dann Leistungsprofile entstehen, die Informationen über wichtige Betriebsdaten enthalten. Möglicherweise kann auch ein Fragenkatalog eines Bewertungsportals als solcher, der betriebsbezogene Informationen, etwa Wartezeiten, die Freundlichkeit des Services o.ä. bewertet, Betriebsgeheimnisse offenbaren, die die Rechtfertigungsschranken des § 284 SGB V auslösen. Dass es sich dabei um Daten handelt, die sich nicht als von der Krankenkasse selbst erhobene Tatsachenbeschreibung über einen Betrieb, sondern als Meinung der Versicherten über einen Leistungsanbieter darstellen, muss den Charakter als Betriebsgeheimnis nicht notwendig ausschließen. Denn womöglich kann die Bewertung selbst als Betriebsgeheimnis im Sinne des § 35 SGB I verstanden werden: Die Aggregation von Versichertenbewertungen generiert einen neuen Informationsgehalt, der eine bislang nicht jedermann zugängliche Information sichtbar macht und an der ein Geheimhaltungsinteresse bestehen kann, das unter Umständen eine datenschutzrechtlich schutzwürdige Position begründet. Ein Geheimnis setzt jedoch nach der Ratio des Begriffs die Beherrschbarkeit der Informationsquelle und die Möglichkeit voraus, andere von dieser auszuschließen. Für das Meinungsbild über Arztpraxen, das als dezentrales Wissen über einen weiten Kreis von Patienten verstreut ist und öffentlich zugängliche Informationen zu einem Gesamtbild zusammenträgt, trifft dies nicht zu. Der »good will« einer Arztpraxis ist kein lediglich einem begrenzten Personenkreis zugängliches, beherrschbares Wissen, das bei dem Arzt selbst als Geheimnis konzentriert ist. Das aggregierte Meinungsbild über die Behandlungsqualität eines bestimmten Arztes offenbart damit kein Betriebsgeheimnis.

Es fördert aber *personenbezogene Informationen* über Ärzte zu Tage, die als solche Sozialdaten im Sinne des § 284 SGB V, § 67 Abs. 1 S. 1 SGB X, darstellen. Die In-

63 BVerfG, Beschl. vom 14.3.2006, MMR 2006, S. 375 (376).

64 Vgl. BVerfG (Fn. 63), S. 376; *Bieresborn*, in: von Wulffen (Hrsg.), SGB X, 6. Aufl. 2009, § 67 SGB X, Rn. 14.

formationen werden im Hinblick auf die Aufgaben der Krankenversicherung erhoben und lösen – ebenso wie bei den Versicherten – das Schutzbedürfnis des Sozialdatenschutzrechts aus<sup>65</sup>.

Der Zugriff von Krankenkassen auf die mit Bewertungsportalen verbundenen Daten steht vor dem Hintergrund der datenschutzrechtlichen Konzeption des SGB V damit vor nicht leicht überwindbaren Hürden. Das hohe Maß an Sozialdatenschutz, das der Gesetzgeber mit seinem Enumerationsprinzip konzipiert hat, erweist sich hier als schwer umschiffbare Klippe.

### (3) Möglichkeiten der Kooperation mit privaten Dritten

Denkbar ist eine Ermöglichung der Datenerhebung und -speicherung konstruktiv durch den Kunstgriff der Auslagerung an private Dritte: Die Krankenversicherung ist dann auf die Formulierung der Strukturvorgaben für das Bewertungsportal beschränkt, der private Dritte sammelt und verarbeitet die Daten – ähnlich wie der Betreiber eines privaten Bewertungsportals. Auf ihn finden dann die Vorschriften des BDSG, hier insbesondere § 29 und § 33, Anwendung<sup>66</sup>. Diesen Weg scheint die AOK mit ihrem Bewertungsportal beschreiten zu wollen. Hierzu kooperiert sie mit der Bertelsmann-Stiftung als organisatorischer Abwicklungseinheit. Diese speichert sämtliche Daten und wickelt alle Datenvorgänge ab.

Wenn dieser Konstruktion sinnstiftender Gehalt zukommen soll, dann darf die Krankenkasse jedoch nicht selbst die Bewertungen einzelnen Patienten zuordnen können. Technisch lässt sich Letzteres durch eine doppelte Pseudonymisierung (ein sog. Double-opt-in-Verfahren) sicherstellen: Der Versicherte gibt zwecks Authentifizierung seine Versichertennummer auf der Web-Site der Krankenkasse ein und erhält ein Pseudonym, mit dem er sich auf der Seite des privaten Betreibers einloggen kann. Dieser verwandelt das Pseudonym in ein neues Pseudonym, so dass eine Rückverfolgbarkeit des Versicherten und seiner Angaben durch die Krankenkasse

65 Dass § 284 SGB V nach seiner Zielrichtung nicht (wie ein unbefangener Blick, insbesondere die grundsätzlich versichertenorientierte Rationalität des Sozialdatenschutzrechts, vermuten lassen könnte) ausschließlich die Sozialdaten *der Versicherten* im Auge hat, sondern auch die Sozialdaten *der Ärzte*, macht ein systematischer Vergleich zu § 285 SGB V deutlich, der in Abs. 3 ausdrücklich auch persönliche und sachliche Verhältnisse der Ärzte als Sozialdaten einstuft.

66 Vgl. dazu BGH, Urt. v. 23.6.2009, MMR 2009, S. 608 ff. – spickmich.de sowie die weiteren Nachweise in Fn. 3.

ausgeschlossen werden kann; die Sozialdateneigenschaft der Versichertenangaben entfällt<sup>67</sup>.

Die Einbindung eines Dritten in die Abwicklung des Bewertungsportals hat Charme, ist er doch grundsätzlich lediglich an das datenschutzrechtliche Regime der §§ 29, 33 BDSG, nicht aber an das SGB V gekettet. Sie wirft aber auch neue Fragen auf. Sie bringt private Dienstleister mit sensiblen Daten in Kontakt, die dem organisatorischen Verantwortungsbereich der Krankenkasse zugehören. Das BSG hat die Weitergabe von Patientendaten an private Dienstleister in seiner Rechtsprechung zu Recht kritisch beobachtet und nur sehr eingeschränkt zugelassen, insbesondere auch unter den Vorbehalt einer ausdrücklichen gesetzlichen Ermächtigung gestellt<sup>68</sup>. Das leuchtet ein: Wenig spricht dafür, dass private Dritte für den Fall, dass sie öffentlich-rechtliche Aufgaben wahrnehmen, geringeren datenschutzrechtlichen Anforderungen unterworfen sind als Körperschaften des öffentlichen Rechts (die immerhin einer besonderen staatlichen Aufsicht unterliegen). Im Falle des Arztbewertungsportals liegt der Fall jedoch ein wenig anders: Der private Betreiber erhält nicht von der gesetzlichen Krankenkasse selbst Sozialdaten. Vielmehr erhebt<sup>69</sup> er die Daten grundsätzlich selbst und dürfte diese als privates Bewertungsportal – unter den Voraussetzungen des § 29 und § 33 BDSG – auch selbst erheben<sup>70</sup>. Wiewohl sich beispielsweise dem § 299 Nr. 2 SGB V insoweit durchaus eine Offenheit des Gesetzes für eine Datenauswertung durch Dritte entnehmen lässt, bleibt aber die Grundfrage: Wenn es der gesetzlichen Krankenkasse nicht gestattet sein sollte, Sozialdaten zu speichern und zu erheben, soll es dann ohne Weiteres privaten Dritten in ihrem Auftrag und unter Inanspruchnahme ihrer Vertrauensstellung erlaubt sein? Das ist zu verneinen. Zwar ist es privaten Dienstleistern – unter Beachtung der Anforderungen des BDSG – nicht verwehrt, derartige Daten zu erheben. Geschieht dies jedoch im

67 Vgl. auch *Seewald*, in: *Kasseler Kommentar zum Sozialrecht*, 64. EL 2010, § 35 SGB I, Rn. 6.

68 BSG, Urt. v. 10.12.2008, NJOZ 2009, S. 2959 ff. im Anschluss an *Lang*, Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung des Patienten und die ärztliche Schweigepflicht in der gesetzlichen Krankenversicherung, 1997, S. 93.

69 Den Begriff der Erhebung beschreibt das Sozialdatenschutzrecht in § 67 Abs. 5 SGB X als das »Beschaffen von Daten über den Betroffenen«. Da die Versicherten sich auf der Web-Site der AOK anmelden müssen und über dieses »Nadelöhr« dem Portal zuführen, sind an dem Vorgang der Beschaffung sowohl die AOK als auch der private Dritte beteiligt.

70 Zu beachten ist aber, dass die Versicherten der Bertelsmann-Stiftung im Hinblick auf die Kooperation womöglich mit dem gleichen Vertrauen begegnen, das sie der AOK entgegenbringen. Die klare, dem Versicherten unmissverständlich kommunizierte Zurechenbarkeit der Verantwortlichkeiten ist insoweit von besonderer Bedeutung, um eine Umgehung des Gesetzes ausschließen zu können. Die Versicherten müssen wissen, wem die Daten, die sie abgeben, zufließen.



Auftrag einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft als Auftragsdatennehmer, liegt darin eine Umgehung des Gesetzes, solange die Körperschaft die Daten – wie eine wortgetreue Auslegung des Wortlauts von § 284 SGB V indiziert – nicht selbst erheben darf. § 80 Abs. 2 S. 1 SGB X zieht dem eine klare Zulässigkeitssschranke. Insofern bleibt als Konstruktionsweg nur, mit der Beauftragung zugleich eine Funktionsübertragung zu verbinden, d.h. den privaten Betreiber die Konzeption und Ausgestaltung des Portals in eigener Regie betreiben zu lassen<sup>71</sup>. Dann handelt es sich aber auch nicht mehr um ein originäres öffentlich-rechtliches Portal, sondern um ein von einem Privaten betriebenes Portal, dessen sich eine öffentlich-rechtliche Körperschaft bedient und es ihren Versicherten zugänglich macht<sup>72</sup>. Soweit man in der Zuführung und Veranlassung von Bewertungen durch die Krankenkasse ein (mittelbares) Erheben, also Beschaffen von Daten über die betroffenen Ärzte, im Sinne des § 284 Abs. 1 S. 1 SGB V sehen möchte (und dies für die Erfüllung des gesetzlichen Tatbestandes ausreichen lässt, wiewohl dort von »erheben und speichern« statt »erheben *oder* speichern« die Rede ist), verbleibt im Übrigen nur die Möglichkeit einer teleologischen Reduktion des Gesetzes. Der Wortlaut des § 284 SGB V erweist sich für derartige Fälle insofern als zu weitgehend gefasst, als er nach seiner Intention vorrangig dem Schutz vor der Gefahr eines »gläsernen Patienten« und der Erstellung eines vollständigen Gesundheits- und Leistungsprofils zum Schutze des Versicherten zu dienen bestimmt ist, nicht aber der Berufsgruppe der Ärzte einen – gegenüber anderen privilegierten – Schutz vor der Evaluierung ihrer Leistungen zuzusprechen trachtet. Zur Zeit seiner Genese konnte das Gesetz derartige technische innovative Instrumente der Qualitätssicherung noch gar nicht in den Blick nehmen, deren Gefahrenpotenzial nicht – wie typischerweise in den Fällen des § 284 SGB V – in der Verwertung krankenkasseneigenen, mit der Hoheitsgewalt öffentlichen Rechts erworbenen Hoheitswissens über Gesundheitsvorgänge liegt, sondern in der Sammlung privater Meinungen über ärztliche Leistungen, welche auch private Dritte erheben dürften, und sich damit jenseits des originären Schutzziels des § 284 SGB V bewegt. Jedenfalls eine klarstellende gesetzliche Änderung des § 284 SGB V erscheint insoweit angezeigt.

71 Vgl. Begründung zum BDSG, BT-Drucks. 11/4306, S. 43; instruktiv dazu Innenministerium Baden-Württemberg, Hinweise Nr. 37 zum BDSG, RDV 1999, S. 133; *Bieresborn*, in: von Wulffen (Hrsg.), SGB X, 6. Aufl. 2009, § 80, Rn. 3.

72 Ob das AOK-Bewertungsportal diesen Anforderungen genügen wird, hängt von seiner konkreten Ausgestaltung ab. Es verbinden sich mit diesem Konstruktionsweg auch besondere wettbewerbsrechtliche Zulässigkeitsfragen.

- bb) Grundrechtliche Schranken – zur Abwägung mit der Berufsfreiheit und dem informationellen Selbstbestimmungsrecht der bewerteten Ärzte

Eine durch öffentlich-rechtliche Körperschaften erfolgende Informationstätigkeit ist an den Prinzipien für staatliches Informationshandeln zu messen, will sie den grundrechtlichen Rechtfertigungshürden standhalten. Geboten ist eine Gesamtabwägung zwischen den kollidierenden Positionen.

(1) Grundrechtliche Ausgangslage

Bewertungsportale berühren die bewerteten Ärzte in ihrem sozialen und beruflichen Geltungsanspruch und damit zum einen in ihrem informationellen Selbstbestimmungsrecht, vor allem aber in ihrer Berufsfreiheit<sup>73</sup>. Sie können die beruflichen Chancen im Wettbewerb der Akteure, also die wirtschaftliche Existenz der Betroffenen, ganz entscheidend verändern – nicht unmittelbar durch das staatliche Instrument von Befehl und Zwang, aber mittelbar durch die Beeinflussung von autonomen Wahlentscheidungen der Versicherten<sup>74</sup>. Als solche bedingen sie zurechenbar massive Beeinträchtigungen grundrechtlicher Wirkungsräume, die in ihrer Intensität und Wirkungsbreite nachhaltiger als klassische staatliche Handlungsbefehle sein können, und greifen damit in die Berufsfreiheit sowie das informationelle Selbstbestimmungsrecht der Betroffenen ein.

Beide betroffenen Grundrechtspositionen sind freilich nicht schrankenlos gewährleistet. Berufliche Tätigkeit und Persönlichkeitsentfaltung vollziehen sich nicht isoliert, sondern innerhalb der sozialen Gemeinschaft. Der Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts reicht nicht so weit, dem Einzelnen einen Anspruch darauf zu verleihen, in der Öffentlichkeit nur so dargestellt zu werden, wie er sich selber sieht

73 Bewertungen beruflicher Art berühren den sozialen Geltungsanspruch des Betroffenen. Derartige Bewertungen enthalten aber auch Informationen über die Persönlichkeit. Die Grenzen sind fließend; eine trennscharfe Abgrenzung ist nicht möglich. Mit der Nähe der Information zur Persönlichkeit des Betroffenen steigen die Rechtfertigungsanforderungen.

74 Vgl. zur ähnlichen Situation bei der Veröffentlichung von Arzneimittel-Transparenzlisten BVerwG, Urt. v. 18.4.1985, BVerwGE 71, S. 183 (194); dazu *Borchert*, Veröffentlichung von Arzneimittel-Transparenzlisten, NJW 1985, S. 2741 (2742). Anders als diese enthalten Arztbewertungsportale zwar keine amtliche Information, sondern die Wiedergabe von Versichertenmeinungen. Die zurechenbare und beabsichtigte Steuerungswirkung ist jedoch vergleichbar.

oder von anderen gesehen werden möchte<sup>75</sup>. Ebenso wenig bietet die Berufsfreiheit absoluten Schutz vor einer Offenlegung von markterheblichen Informationen über den Anbieter. Wer seine Leistungen auf einem öffentlichen Absatzmarkt anbietet<sup>76</sup>, muss sich eine kritische öffentliche Auseinandersetzung mit seinen beruflichen Leistungen gefallen lassen<sup>77</sup>. Es entspricht dem gesteigerten Interesse einer solidarisch finanzierten, mit knappen Mitteln wirtschaftenden Versichertengemeinschaft, solche Leistungsanbieter sichtbar werden zu lassen, die – dem Berufsethos »Gott lässt genesen, der Arzt holt die Spesen« verschrieben – den Erwartungen an eine qualitativ hochwertige Behandlung nicht gerecht werden.

Die Krankenkassen als öffentlich-rechtliche Betreiber der Plattform können sich – anders als private Bewertungsportale – nicht auf die Meinungsfreiheit des Art. 5 Abs. 1 GG als kollidierende Grundrechtsposition berufen<sup>78</sup>, wohl aber auf die öffentliche Aufgabe der Qualitätssicherung im Gesundheitswesen<sup>79</sup> und das Informations-

75 BVerfG, Beschl. v. 26.6.1990, BVerfGE 82, S. 236 (269) – Schubart; BVerfG, Beschl. v. 14.1.1998, BVerfGE 97, S. 125 (149) – Caroline von Monaco I; BVerfG, Beschl. v. 10.11.1998, BVerfGE 99, S. 185 (194) – Scientology; BVerfG, Urt. v. 9.11.1999, BVerfGE 101, S. 361 (380) – Caroline von Monaco II; jüngst BVerfG, Beschl. v. 18.2.2010, NJW 2010, S. 1587 ff. – Zitierung eines Anwalts im Internet.

76 Die Dienstleistungen, die Ärzte anbieten, zeichnen sich zwar gegenüber anderen Dienstleistungen durch Besonderheiten aus, insbesondere durch ein weitgehendes Werbeverbot und einen Kontrahierungszwang gegenüber gesetzlich Versicherten. Darauf, dass Ärzte, deren Leistungen durch Versichertengelder entgolten werden, sich der Kritik im Hinblick auf ihre Leistungen stellen müssen, ändern diese Besonderheiten jedoch nichts.

77 Vgl. etwa BVerfG, Beschl. v. 20.4.1982, GRUR 1982, S. 498 (499) – Kredithaie; BVerfG, Beschl. v. 26.6.2002, BVerfGE 105, S. 252 (266) – Glykol; BGH, Urt. v. 29.1.2002, NJW 2002, S. 1192 (1193); *Peifer/Kamp* (Fn. 3), S. 188.

78 Insbesondere haben sie auch nicht – gleichsam als Sachwalter – am Schutz der Meinungsfreiheit der Nutzer Anteil. Vgl. auch BVerfG, Beschl. v. 11.12.2008, NVwZ-RR 2009, S. 361 f.

79 Unter einem Aspekt kann die Funktion von Bewertungsportalen allerdings auch der Idee der Qualitätssicherung zuwiderlaufen: Für Ärzte, die in derartigen Portalen besonders gute Bewertungen erhalten, entsteht zum einen ein Anreiz, sich aus dem gesetzlichen Vertragsarztsystem zurückzuziehen und sich ausschließlich als Privatarzt (womöglich ohne Kassenarztzulassung) niederzulassen. Durch die stärkere Qualitätsauslese kann es insoweit zu einer Beförderung der Dichotomie zwischen gesetzlichem und privatem Krankenversicherungssystem kommen; zum anderen führt die stärkere Frequentierung möglicherweise zu einer Verminderung der Qualität, für die die Ärzte sich gerade durch gute Bewertungen auszeichnen, etwa die Beratungsintensität oder die Wartezeit. Ebenso wie ein zufriedener Patient selten alleine bleibt, gilt auch: Viele Patienten verderben mitunter den Arzt.

interesse der Bevölkerung in einem Markt, der durch Intransparenz und asymmetrische Informationsverteilung gekennzeichnet ist<sup>80</sup>.

Damit verbindet sich kein Freibrief für jede Form inhaltlicher Äußerung über berufliche Leistungserbringung. Reine Schmähkritik etwa ist von ihr nicht getragen – ebenso wenig grundsätzlich eine Prangerwirkung, bei der die öffentliche Anteilnahme den Betroffenen einer psychischen Drucksituation aussetzt, die hinzunehmen im Verhältnis zu dem mit der Information verfolgten Zweck unzumutbar ist<sup>81</sup>. Gerade im Internet ist die Breitenwirkung einer Information groß; umgekehrt aber die Hemmschwelle, andere zu verhöhnen, gering. In der Anonymität des Internets muss der Äußernde dem Betroffenen nicht in die Augen schauen. Die Konsequenzen der eigenen Handlung werden nicht sichtbar. Das Bewusstsein für die mit der Äußerung einhergehende Verletzung des Betroffenen bleibt daher aus. Dieser Effekt ist auch als Online-Enthemmungseffekt bzw. Cyber-Bullying bekannt: Es fällt Menschen, insbesondere Jugendlichen, häufig schwer, ihre Impulse zu zügeln, wo soziale Kontrolle wegfällt oder nicht spürbar ist. Das begründet Gefahren. Ein Arzt, der einen Patienten trotz dessen ausdrücklichen Wunsches nicht krankschreiben möchte, muss etwa damit rechnen, dass das Bewertungsergebnis von einem unsachlichen Rachebedürfnis beeinflusst ist. Ist Anlass für eine Bewertung bei Bewertungsportalen häufig ein besonders negatives oder besonders positives Erlebnis, schränkt das die Repräsentativität des Ergebnisses überdies deutlich ein. Bei einer – derartigen Portalen typischerweise eigenen – passiven Stichprobe fehlt es insoweit an der statistisch notwendigen Bedingung gleicher Auswahlwahrscheinlichkeit. Allein schon der Kundenstamm und das Einzugsgebiet eines niedergelassenen Arztes beeinflussen etwa seinen Bewertungserfolg. Eine sozial besser gestellte Kundschaft mit höherer Bildung ist meist therapieteurer als bildungsferne Schichten. Turnusmäßige Befragungen sind objektiver, als wenn jemand gerade aufgewühlt aus einer Praxis kommt. Eine Selbstselektion der Teilnehmer verzerrt mithin die gewonnene Stichprobe und lässt verallgemeinerungsfähige Erkenntnisse nur bedingt zu Tage treten<sup>82</sup>. Produktbewertungen in Verbraucherportalen, wie ciao.de, werden aus diesen Gründen feh-

80 Vgl. dazu auch (wenngleich in anderem Kontext) BVerfG (2. Kammer des Ersten Senats), Beschl. v. 18.10.2001, NJW 2002, S. 1864 (1866) – Einrichtung eines Zahnarztsuchservices durch einen Zahnarzt.

81 Vgl. dazu etwa BVerfG, Beschl. v. 9.10.2001, BVerfGE 104, S. 65 (71) – Schuldnerspiegel; Gomille (Fn. 3), S. 818 m.w.N.; Härtling, »Prangerwirkung« und »Zeitfaktor«, CR 2009, S. 21 (23).

82 Vgl. Arbeitskreis deutscher Markt- und Sozialforschungsinstitute, Standards zur Qualitätssicherung für Online-Befragungen, 2001, S. 2 u. 7: »Die Selbstselektion der Teilnehmer macht passive rekrutierte Panels für repräsentative Befragungen ungeeignet«.

lender Repräsentativität von der Sekundärmarktforschung nicht ausgewertet, bisweilen sogar als Unterhaltungsumfragen (»happyness-sheets«) eingestuft<sup>83</sup>.

(2) Informationsinteresse der Bevölkerung an den Bewertungen von Bewertungsportalen

Aus der beschränkten Legitimation der Informationserhebung ergeben sich zugleich Schranken für die inhaltliche Gestaltung des Portals. Art, Inhalt und Aussagekraft der erhobenen Daten sind zu messen an den Aufgaben und Zwecken, denen die Speicherung und Übermittlung dienen. Es muss ein hinreichendes öffentliches Interesse an der Verbreitung der persönlichkeits- und berufsrelevanten Äußerung bestehen. Grundsätzlich ist staatliches Informationshandeln auf die Prinzipien der Objektivität und sachlichen Richtigkeit der Information verpflichtet. Können Patienten aber die Qualität einer ärztlichen Leistung sachgerecht bewerten?

Ärztliche Leistungen sind komplexe Leistungsbündel, deren fachliche Beurteilung eine vielschichtige Analyse und tief gehendes Fachwissen erfordert. Seit *Hippokrates* gilt »die ärztliche Kunst« als die »unter allen Künsten vornehmste«, deren Beurteilung sich Patienten weitgehend verschließt. Selbst medizinische Fachkollegen sind nicht selten damit überfordert, die Richtigkeit ärztlicher Maßnahmen sachgerecht zu beurteilen. Der Behandelte spürt zwar die Folgen eines ärztlichen Heilungsversuchs unmittelbar – er kann beurteilen, ob er sich im Anschluss an die Behandlung besser oder schlechter fühlt. Er kann dieses Gefühl aber nicht unbedingt mit einer bestimmten Leistung des Arztes in zurechenbarer Weise in Verbindung bringen. Die komplexen Prozesse, die sich bei einer Heilung abspielen und bisweilen auf einen langfristigen Heilungserfolg angelegt sind, erschließen sich in ihrer fachlichen Richtigkeit – je nach Komplexität des Sachverhalts – im Zeitpunkt der Behandlung dem Einzelnen kaum<sup>84</sup>. Leistungsbewertungen von Patienten müssen sich insoweit notwendig auf ein subjektives, fachlich nur wenig aussagekräftiges Laienurteil beschränken. Hinzu kommt ein Wahrnehmungs-Bias, der dem Einzelnen gerade wegen seiner unmittelbaren Betroffenheit eine sachlich-nüchterne Beurtei-

83 Vgl. dazu *Peifer/Kamp* (Fn. 3), S. 190 m.w.N.

84 Aufschlussreich, wenngleich nur bedingt Schlussfolgerungen zulassend ist in diesem Kontext eine repräsentative Befragung von Ärzten (befragt wurden 1900 ausgewählte Ärzte) danach, ob medizinische Laien ärztliche Leistungen bewerten oder einschätzen können. 61 % der Befragten verneinten das, 17 % der Befragten waren unentschieden, 21 % trauten den Patienten die Bewertung zu (siehe Deutsche Stiftung Gesundheit, *Ärzte im Zukunftsmarkt Gesundheit* 2007, S. 7).

lung erschwert. Für die Patienten stehen überdies häufig andere Präferenzen als rein fachlich-medizinische Kriterien im Vordergrund ihrer Bewertung. »Die guten Ärzte wundern sich immer wieder, welche ihrer Kollegen bei den Patienten beliebt sind«<sup>85</sup>, kommentiert *Gerhard Kocher* dieses Phänomen.

Dass bei einer Aggregation solcher rein subjektiver Laien-Maßstäbe zu einem Gesamturteil sachlich-objektive Ergebnisse zustande kommen, wird man kaum annehmen können. Den Anspruch an Objektivität und sachliche Richtigkeit kann ein Bewertungsportal per definitionem nicht einlösen. Aber dieser Maßstab greift in dieser Schärfe hier wohl auch zu kurz. Anders als in klassischen Fällen staatlicher Informationstätigkeit will das Bewertungsportal keine Eigeninformation der Krankenkasse bereithalten, sondern eine Vermittlung des Meinungsaustauschs ermöglichen. Sein Anspruch ist es nicht, eine fachlich richtige Begutachtung ärztlicher Leistung vorzunehmen, sondern den Versicherten Informationsgrundlagen für die eigene, präferenzgestützte Arztsuche zu verschaffen. Es präsentiert das Ergebnis einer Meinungsumfrage.

Eine Legitimation lässt sich derartigem Informationshandeln dann attestieren, wenn es eine Informationslücke im öffentlichen Interesse schließt, die der Markt nicht selbst zu schließen vermag. Eine solche besteht durchaus. Bewertungsportale sammeln zwar keine objektivierbaren Informationen. Aus der Aggregation subjektiver Eindrücke von Patienten kann jedoch eine verwertbare Information erwachsen, die den Vorgang der Entscheidungsfindung rationalisieren kann. Online-Bewertungen heben einen im Verborgenen schlummernden Wissensschatz aus Eindrücken und Erfahrungen Vieler, dem eine hilfreiche Informationsfunktion zukommen kann. Denn sie machen die kollektive Weisheit der Masse sichtbar. Sie vernetzen fragmentiertes Wissen und machen damit die Ressourcen steuernde Funktion des Internets (und somit auch des Marktes als Entdeckungsverfahren) fruchtbar. Sie bieten den Konsumenten eine Art informeller Meta-Analyse – eine Ansammlung von Daten über alle Analysen, die Menschen in ähnlicher Lage durchgeführt haben. Online-Bewertungen generieren einen Wissenstypus, der als »wisdom of crowds«<sup>86</sup> eine neue Form kollektiver Intelligenz abbildet<sup>87</sup>. Die Aggregation der tatsächlichen Beobachtungen und Wertungen einer Leistung durch eine Vielzahl von Teilnehmern kann eine gegenüber der Subjektivität der Bewertung des Einzelnen emergente Qualität des Wissens erzeugen. Das Gesetz der großen Zahl, dessen Online-Bewertungsportale sich bedienen, verbessert unsere Entscheidungsprozesse. So ha-

85 *Kocher*, Vorsicht Medizin!, 3. Aufl. 2006, S. 23.

86 *Sunstein*, Republic.com, 2007, S. 194 (198); *Surowiecki*, The Wisdom of Crowds, 2005.

87 Vgl. dazu und zum Folgenden *Ladeur*, Die Zulässigkeit von Lehrerbewertungen im Internet, RdJB 2008, S. 16 (27).

ben wir einen guten Grund, uns auf die Zuverlässigkeit eines Powersellers bei eBay zu verlassen, wenn er eine hohe Zahl von positiven Bewertungen erhalten hat. Einzelne Fehlbewertungen (nach oben oder nach unten) und erratische Einzelmeinungen werden sich bei einem solchen Verfahren wechselseitig aufheben und eine gleichwohl durchaus brauchbare Entscheidungsgrundlage generieren. *Geoffrey Miller* ist gar der Auffassung, dass Online-Nutzerbewertungen hilfreicher sind als jeder andere Ansatz zur Stärkung des Kunden, der im vergangenen Jahrhundert ausprobiert wurde<sup>88</sup>.

Online-Nutzerbewertungen erlauben uns insoweit, evidenzbasiert zu entscheiden. Sie generieren einen validen Informationswert: Die Patienten erleben das Behandlungsgeschehen in seinem vollständigen Ablauf und sie können zentrale Aspekte aus ihrer unmittelbaren Erfahrung beurteilen. Sie sind Experten für die Beurteilung sämtlicher nicht-medizinischer Aspekte der Behandlung (Information und Aufklärung, Betreuung, Ablauforganisation etc.). Der Erfolg eines Behandlungsprozesses hängt nicht zuletzt in entscheidendem Umfang davon ab, ob der Patient mit seinen Wünschen und Bedürfnissen in die Therapieentscheidungen mit einbezogen wird. Seine Zufriedenheit ist wesentliches Ziel und Erfolgsindikator medizinischer Eingriffe. Seine subjektive Sichtweise und Erfahrung als Ressource der Qualitätsentwicklung zu nutzen und damit den Patienten als »sleeping giant des Gesundheitssystems« zu wecken, bringt mithin wertvolle Entscheidungshilfen hervor.

### (3) Mehrwert gegenüber kommerziellen Bewertungsportalen

Private Bewertungsportale, die den Patienten meinungsbasierte Informationen über die Qualität von Arztbehandlungen liefern, gibt es nun freilich zuhauf. Die Frage drängt sich auf, wozu es zusätzlich eines öffentlich-rechtlichen Pendant bedarf. Dafür gibt es durchaus gute Gründe. Denn die Eignung der auf dem Markt verfügbaren Bewertungsportale für eine zuverlässige Arztsuche und ihre Aussagekraft lässt sich – jedenfalls gegenwärtig<sup>89</sup> – in Zweifel ziehen. Alle verfügbaren Angebote leiden aus unterschiedlichen Gründen an nicht unerheblichen Mängeln, sei es im Hinblick auf die kritische Datenmasse (die Anzahl der Bewertungen pro Arzt sowie die Anzahl der bewerteten Ärzte genügen den Anforderungen an eine statistische Validität regelmäßig nicht), sei es im Hinblick auf die Qualität der Evaluierung: Die Befragungsinstrumente sind häufig fachlich defizitär, bei der Bewertungsfunktion finden sich konzeptionelle Schwächen, durch die Verquickung von Werbemöglichkeiten

<sup>88</sup> FAZ vom 8.10.2010, S. 29.

<sup>89</sup> Vgl. dazu die Untersuchung von *Emmert/Eisenreich/Maryschok/Schöffski* (Fn. 7), S. 8.

für die Anbieter mit einer Bewertungsfunktion steht die Sachlichkeit und Unabhängigkeit der Bewertung in nicht wenigen Fällen (z.B. wegen bezahlter Rankings) infrage (sog. kommerzieller Bias). Die Portale sind darüber hinaus auch sehr manipulationsanfällig. In einer Bewertungswelt, die dem Einzelnen einen Anspruch auf Anonymität jeder publizierten Bewertung oder sonstigen Äußerung garantiert (§ 13 Abs. 6 TMG), besteht bei den Anbietern ein starker Anreiz, neutrale Bewertungen zu beeinflussen – sei es, indem Eigenbewertungen vorgenommen oder in Auftrag gegeben werden, sei es, indem nachteilige Fremdbewertungen von Konkurrenten unternommen werden oder Mehrfachbewertungen abgegeben werden, die das als repräsentativ vermutete Stimmungsbild verfälschen. Dass das nicht selten geschieht, dokumentieren zahlreiche Beispiele. Das Bewertungsportal ChecktheDoc.de etwa hat die Arztbewertung derzeit eingestellt<sup>90</sup>, weil der Verdacht entstand, dass Ärzte sich in dem Portal selbst in den Himmel lobten und Kollegen schlechte Noten ins Zeugnis schrieben. Systematische Aktionen ganzer Nutzergruppen mit dem Ziel, die Bewertungsstatistik eines Betroffenen zu verbessern oder der Konkurrenz zu schmälern, treten immer häufiger zu Tage. Im Januar 2009 bestätigte etwa der Computerzubehörhersteller Belkin, Produktbewertungen auf der Seite des Online-Versandhauses Amazon manipuliert zu haben. Kürzlich nahm der Computerhersteller Apple mehr als 1000 iPhone-Applikationen eines chinesischen Anbieters vom Markt, weil die Nutzerbewertungen zu den Programmen gefälscht waren. Ganze PR-Agenturen, wie der Anbieter Trigami haben sich darauf spezialisiert, Blogger für die Abgabe von Kundenbewertungen zu bezahlen. Die Grenzen zwischen aggressivem »Social Media Marketing« und unlauterem Wettbewerb verschwimmen hier. Die verdeckten PR-Maßnahmen der Deutschen Bahn, insbesondere bestellte Blog- und Forenbeiträge, Leserbriefe und Meinungsumfragen, die der Verein Lobbycontrol im Mai 2009 aufdeckte, deuten auf eine hohe Dunkelziffer und eine breite Grauzone hin. In aller Regel existiert in den Bewertungsportalen kein redaktioneller Filter, der einen solchen Missbrauch ausschließt bzw. aufdeckt. Installierte Warn-Buttons (»Hier stimmt was nicht«) decken Unstimmigkeiten oft eher zufällig auf. Bewertungsportale zeichnen damit nicht selten ein irreführendes Bild von der Wirklichkeit, dem zugleich aber nachhaltige Steuerungswirkung zukommt. Denn, wo es dem Suchenden an eigenen validen und als zuverlässig einstuftbaren Informationen mangelt, erlangen auch weniger glaubwürdige Informationen für Auswahlentscheidungen erhebliche Bedeutung. Wer würde einen Arzt mit der Durchschnittsnote 4,3 aufsuchen wollen, selbst wenn er an der Bewertungsgrundlage möglicherweise Zweifel hegt? Sind die bisher verfügbaren Bewertungsportale für Ärzte bei einer Gesamtschau insofern nur eingeschränkt in der Lage, eine brauchbare Hilfestellung zur Identifika-

90 Siehe die Information des Anbieters unter <http://www.checkthedoc.de> (5.1.2010).



tion einer guten Arztpraxis zu liefern<sup>91</sup>, so kann ein von einer Krankenkasse betriebenes Portal, das dem Anspruch gerecht wird, die Arztsuche auf eine hinreichende Informationsbasis zu stellen, insoweit auf ein besonderes Interesse der Bevölkerung verweisen<sup>92</sup>.

Es muss dann aber besonderen Qualitätskriterien tatsächlich gerecht werden. Die Abwägung zwischen dem Informationsinteresse der Bevölkerung und den betroffenen Grundrechten kann nur dann zugunsten des Bewertungsportals ausfallen, wenn verfahrensrechtliche Sicherungen eingezogen sind, die eine unangemessene bzw. gleichheitswidrige Beeinträchtigung der Rechte betroffener Ärzte im Wettbewerb ausschließen und einen Mehrwert gegenüber den vorhandenen Angeboten generieren. Bevor ein solches Portal der Öffentlichkeit Bewertungen preisgibt, ist zunächst eine belastbare Datengrundlage erforderlich. Erst ab einer Zahl von 30 Bewertungen je Arzt wird man von einer hinreichenden statistischen Evidenz sprechen können, die einen als »wisdom of crowds« rechtfertigbaren Effekt auslöst. Um die Repräsentativität des durch passive Auswahl gewonnenen Ergebnisses zu verbessern, muss der Krankenversicherer die Versicherten aktiv auf die Möglichkeit der Bewertung ansprechen und auf diese Weise statistische Verzerrungseffekte minimieren. Will das System einen Mehrwert generieren, hat es (im Unterschied zu den bislang existierenden privaten Bewertungsportalen) auch Manipulationsrisiken hinreichend zuverlässig die Stirn zu bieten. Eine geschlossene Befragung mit qualifizierter Überprüfung der Zugangsdaten, namentlich durch die Versichertennummer, kann hier einen denkbaren Weg darstellen. Sie kann (nicht ausschließbare) Mehrfachbewertungen und Manipulationen auf ein vertretbares Minimum reduzieren. Dazu gehört auch die Aktualität der Daten, insbesondere Lösungszyklen (z.B. in einem Rhythmus von 12 Monaten), die das Entstehen anachronistischer Zerrbilder der Wirklichkeit verhindern, idealerweise im Interesse grundrechtsschonenden Ausgleichs die Eröffnung der Möglichkeit für bewertete Ärzte, Bewertungen selbst zu kommentieren und auf ausdrücklichen Wunsch von einer Bewertung ausgenommen zu werden. Entscheidend aber ist die Qualität der Bewertungsmethodik. Sie muss eine einwandfreie methodische Güte aufweisen. Das bedingt, dass die abgefragten Bewertungskriterien von dem Versicherten hinreichend zuverlässig beurteilbar sind. Das können allgemein etwa die Wartezeit, die Freundlichkeit der Mitarbeiter oder die sachgerechte Praxisausstattung sein sowie bei der ärztlichen Untersuchung ins-

91 Vgl. dazu *Emmert/Eisenreich/Maryschok/Schöffski* (Fn. 7), S. 8.

92 Mögen auch – sub specie der Erforderlichkeit des Eingriffs – andere Wege in Betracht kommen, die Informationslücke zu schließen, so etwa Zertifizierungen, vermögen diese die Informationsfülle eines Bewertungsportals als solche und damit die präferenzgestützte Entscheidung des Versicherten jedoch nicht in gleich wirksamer Weise abzubilden.

besondere die Verständlichkeit der Diagnose und das Aufzeigen alternativer Behandlungsmethoden, die sorgfältige Erkundigung nach Vorerkrankungen, die detaillierte Aufklärung über Risiken und Nebenwirkungen, ob der Arzt sich für das gesundheitliche Anliegen ausreichend Zeit genommen hat, insbesondere auf Fragen hinreichend eingegangen ist, etc. – *nicht* aber ein fachliches Gesamturteil über die Behandlungsqualität. Eine als statistisches Mittel aus den Einzelnoten generierte Gesamtnote im Sinne eines Qualitätsurteils oder Rankings hätte notwendig verzerrende, Seriosität suggerierende Wirkung, die den Anforderungen an staatliches Informationshandeln nicht gerecht wird. Sie beansprucht eine vermeintliche Objektivität und ein Vertrauen in die Macht der Zahlen<sup>93</sup>, die Fehldeutungen programmieren. Das Portal muss sich darauf beschränken, den Patienten Bausteine für eine eigene, informierte, präferenzgestützte Entscheidung anhand (patienten-)beurteilbarer Kriterien zu liefern. Das ist weniger, als viele Patienten auf einem solchen Portal suchen, aber mehr, als die Versicherten ohne Information ratlos, gleichsam ohne Kompass auf See, zurückzulassen.

Grundbedingung einer rechtsstaatlich verantwortbaren Zurverfügungstellung der Informationen ist es auch, den beschränkten Aussagegehalt, der einem derartigen Bewertungsportal zukommt, aktiv zu kommunizieren<sup>94</sup>, den Bewertungsschlüssel transparent zu machen und jeden Eindruck zu zerstreuen, es könne sich um eine objektivierte Qualitätsaussage über Ärzte handeln, die die Vertrauenswürdigkeit einer amtlichen Krankenkasseninformation für sich in Anspruch nehmen kann. An diesen Maßstäben gemessen, kann auch ein öffentlich-rechtliches Bewertungsportal den Anforderungen an eine grundrechtsgerechte Abwägung zwischen dem Informationsinteresse der Bevölkerung und den betroffenen Grundrechten genügen.

#### (4) Reichweite des Parlamentsvorbehalts

Angesichts der Informationsnot, unter der die Patienten ihre Auswahlentscheidung treffen müssen, ist jeder zur Verfügung gestellten Informationen eine hohe Aufmerksamkeit der Versicherten gewiss. Der Auswahl der Fragen als Vorselektion der entscheidungsrelevanten Kriterien kommt dabei erhebliche Steuerungswirkung zu. In dem Privileg, die Fragen zu formulieren, drückt sich verfahrensrechtliche Herrschaftsmacht aus. Die Patienten werden ihre Wahlentscheidung (und in der Folge die Ärzte ihr Verhalten gegenüber den Patienten) daran ausrichten. Fragt das Portal etwa die Wartezeit ab, werden die Ärzte darauf sinnen, sie zu verkürzen. Bindet es

93 Vgl. dazu allgemein *Porton*, Trust in Numbers, 1996.

94 So auch in der Tendenz BVerfG, Beschl. v. 26.6.2002, BVerfGE 105, S. 252 (272) – Glykol.

die Sorgfalt der ärztlichen Aufklärung in die Fragen ein, werden die Ärzte verstärkt ihr Augenmerk darauf richten. Möglicherweise erwachsen aus dem Parlamentsvorbehalt insoweit nicht nur Anforderungen an das »Ob« der gesetzlichen Grundlage, sondern auch das »Wie« ihrer Ausgestaltung, so dass der Fragenkatalog gesetzlich gesteuert werden müsste<sup>95</sup>. Das Maß der dem Portal eigenen Steuerungsmacht streitet dafür. Aufschlussreich kann insoweit aber auch ein Vergleich zur Hochschul-Evaluation sein. Hier sind die Bewertungskriterien ebenfalls nicht als solche gesetzlich vorgegeben, sondern lediglich die Berechtigung und Verpflichtung zur Evaluierung im Hochschulgesetz verankert, im Übrigen den Hochschulen zur Konkretisierung durch Satzung anvertraut<sup>96</sup>. So wie diese gesetzgeberische Konzeption ihren besonderen Grund in dem Schutz der in Art. 5 Abs. 3 Grundgesetz gewährleisteten Hochschulautonomie und dem Recht, die Verhältnisse der Betroffenen selbst zu regeln, hat, so darf Vergleichbares für die Krankenkassen und ihr Selbstverwaltungsrecht zur Sorge um eine angemessene Versorgungsqualität ihrer Mitglieder gelten<sup>97</sup>. Aus der Ermächtigung des § 305 Abs. 3 S. 1 SGB V ergibt sich mit der Wendung »informieren« insbesondere bereits implizit eine Eingrenzung auf wissenschaftlich valide (den Anforderungen staatlichen Informationshandelns gerecht werdende) Kriterien. Ein konkreteres Maß an Vorgaben wird man dem parlamentarischen Gesetz als Steuerungsvorgabe nicht notwendig abfordern müssen, um der Letztverantwortung des Parlaments noch hinreichend Rechnung zu tragen.

95 Das scheint auf den ersten Blick mit der oben aufgestellten Annahme solcher Maßstäbe für den Pflege-TÜV zusammenzupassen und insofern nahezu zwingend zu sein. Ein Unterschied besteht jedoch: Im Falle des Pflege-TÜVs handelt es sich um Bewertungsaussagen, die der Staat als eigene Aussage sich selbst zurechnen lassen möchte. Für Arztbewertungsportale gilt das freilich nicht. Insoweit ist auch ein geringeres Maß an gesetzgeberischer Steuerung hinnehmbar.

96 Vgl. etwa Art. 30 Abs. 3 S. 2 BayHSchG; § 5 Abs. 2 S. 1 und 4 bw. HochschulG; § 25 Abs. 2 brandenburgisches Hochschulgesetz; § 5 Abs. 2 nds. Hochschulgesetz; § 8 Abs. 1 S. 2 und Abs. 3 Thür. HochschulG;

97 Einen Unterschied mag man darin erkennen, dass die Evaluierung der Hochschullehre keine unmittelbaren dienstrechtlichen Konsequenzen zeitigt und ihre Wirkung in der Gestaltung der Hochschulbeziehungen ferner sehr beschränkt bleibt, während die Bewertung von Ärzten unmittelbare wettbewerbsrelevante Folgen nach sich zieht. Diese Wirkungen beschränken sich aber zum einen auf das vertragsärztliche Verhältnis, für das den Krankenkassen (bzw. ihren Landesverbänden) als Solidargemeinschaften die Mitgestaltungsmacht grundsätzlich zuerkannt ist; zum anderen kommt dem Eingriff in die vorbehaltlos gewährleistete Wissenschaftsfreiheit eine ganz besondere grundrechtliche Sensibilität zu.

cc) Wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit

Neben grundrechtlichen werfen Bewertungsportale auch wettbewerbsrechtliche Fragen auf. Mit der Etablierung eines öffentlich-rechtlichen Bewertungsportals treten die Krankenkassen in einen sich entwickelnden Wettbewerb um den privaten Markt »Arztbewertungsportale« ein. Anders als die privaten Anbieter finanzieren Krankenkassen ihre Angebote aus Versichertenbeiträgen, die ihnen der Staat garantiert. Unter staatlicher Förderung entsteht ein Konkurrent, der sich um die Beschaffung der Einnahmen für sein Bewertungsportal keine Sorgen machen muss. Der Wettstreit gleicht insoweit dem Kampf Davids gegen Goliath. Durch die Brille des Gemeinschaftsrechts betrachtet, handelt es sich um eine Sonderbehandlung eines Dienstleistungsunternehmens im Wettbewerb. Insoweit könnte es sich – ähnlich wie im Falle der Online-Aktivitäten öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten – um einen beihilfenrechtlich relevanten Sachverhalt handeln. Den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten ist nach der Anlage zu § 11d Abs. 5 S. 4 RStV der Betrieb von Bewertungsportalen für Dienstleistungen aus beihilferechtlichen Gründen bekanntlich ausdrücklich untersagt<sup>98</sup>.

Bei den Versichertenleistungen handelt es sich fraglos um staatliche Mittel. Das hat der EuGH bereits festgestellt<sup>99</sup>. Die Krankenkassen werden auch im Wettbewerb tätig. Sie stehen mit anderen Krankenversicherern im Wettbewerb<sup>100</sup> – *nicht* aber in unmittelbarem Wettbewerb mit den Betreibern von privaten Bewertungsportalen<sup>101</sup>. Denn anders als diese finanzieren sie ihr Angebot nicht aus Werbeerträgen, konkur-

98 Da die Vorschrift ausdrücklich und bewusst die in der ARD zusammengeschlossenen Landesrundfunkanstalten, das ZDF und das Deutschlandradio adressiert, ist sie auf gesetzliche Krankenkassen, wiewohl ebenfalls Anbieter von Telemedien und Körperschaften des öffentlichen Rechts, weder direkt noch analog anwendbar.

99 EuGH, Urt. v. 11.6.2009, Rs C-300/07, NJW 2009, S. 2427 (2429), Rn. 52 ff. – Oymanns.

100 Unzweifelhaft verbessern sie mit Bewertungsportalen ihre Position im Wettbewerb.

101 Vgl. zu der umstrittenen Frage, ob gesetzliche Krankenversicherungen Unternehmen im Sinne des europäischen Wettbewerbsrechts sind EuGH, Urt. v. 16.3.2004, Rs. C-264/01, EuZW 2004, S. 241, Rn. 45 ff. – AOK Bundesverband (dort noch verneint).

rieren also nicht *im gleichen Markt* um knappe Ressourcen<sup>102</sup>, sodass eine Wettbewerbsverzerrung und damit eine Beihilfe nicht entstehen kann<sup>103</sup>.

Allenfalls können Bewertungsportale den Wettbewerb zwischen Krankenkassen oder unter den Ärzten verfälschen. Ersteres scheidet indes schon deshalb aus, da die Krankenkassen in Wahrnehmung eines gesetzlichen Auftrages tätig werden, Letzteres dann, wenn das Bewertungsportal den oben herausgearbeiteten Anforderungen genügt. Einfachgesetzlich ist insbesondere das UWG auf das Verhältnis zwischen Krankenkassen und Ärzten nicht anwendbar<sup>104</sup>.

#### c) Zwischenfazit

Bewertungsportale öffentlich-rechtlicher Krankenkassen können einen wirksamen Beitrag zur Qualitätssicherung im Gesundheitswesen leisten und ein legitimes Informationsinteresse der Versicherten befriedigen. Ihre Etablierung und ihr Betrieb sind weniger eine Frage des »Ob« als des »Wie«.

102 In ähnlicher Weise würde sich im Falle der Online-Aktivitäten öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten eine Beihilfeproblematik dann nicht stellen, wenn sich die Rundfunkanstalten (nicht nur im Bereich des Internets, sondern auch im Bereich des klassischen Rundfunks) ausschließlich aus Rundfunkgebühren und nicht (wenigstens teilweise) aus Werbeeinnahmen finanzieren würden. Auch in diesem Fall kann eine Wettbewerbsverzerrung nicht eintreten. Entsprechende Vorschläge fanden jedoch bislang keine politische Mehrheit.

103 Anders kann es sich bei der Einbindung Dritter in das Geschäftsmodell verhalten, wie es etwa die AOK beabsichtigt. Soweit der Kooperation jedoch ein Vergabeverfahren unter den Bedingungen der Konkurrenz mit Ausschreibung vorausgeht, kann auch insoweit keine Wettbewerbsverzerrung eintreten, die das Bedürfnis nach einer gemeinschaftsrechtlichen Rechtfertigung auslösen würde. Vgl. EuGH, Urt. v. 24.7.2003, Rs. C-280/00, NJW 2003, S. 2515 (2518), Rn. 93 – Altmark Trans.

104 Denn das SGB V regelt dieses Verhältnis in seinen §§ 63 und 64 abschließend (§ 69 Abs. 1 S. 1 SGB V; vgl. dazu etwa BSG, Urt. v. 25.9.2001, NJW-RR 2002, S. 1691 [1694]). Anwendbar bleiben aber die wettbewerbsrechtlichen Steuerungsvorgaben, die sich aus Art. 12 Abs. 1 und 3 Abs. 1 GG ergeben. Vgl. zur wettbewerbsrechtlichen Zulässigkeit von Patientenbefragungen bereits (wenn auch unter etwas anderem Blickwinkel und zur alten Rechtslage) BSG, Urt. v. 5.2.1985, NJW 1987, S. 735 ff.; SG Hannover, Urt. v. 5.2.1992, NZS 1993, S. 518; LG Kiel, Urt. v. 19.12.2001, NJW-RR 2000, S. 1195.

### 3. Rechtliche Anforderungen an kommerzielle Arztbewertungsportale – eine tour d'horizon

Anders als öffentlich-rechtliche Bewertungsportale sind kommerzielle Bewertungsportale zwar nicht dem Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage unterworfen. Ihnen kommt das Privileg der Presse<sup>105</sup> bzw. Rundfunkfreiheit<sup>106</sup> zugute, das den Schutz, den die Äußerung der Nutzer durch die Meinungsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 Var. 1 GG genießt, einschließt<sup>107</sup> und in der Abwägung mit den kollidierenden Grundrechtspositionen der betroffenen Ärzte die Gewichte grundsätzlich zugunsten einer Vermutung der freien Rede verschiebt<sup>108</sup>. Auch hiermit verbindet sich aber kein Freibrief, sondern eine (wenn auch gegenüber öffentlich-rechtlichen Portalen abgeschwächte) verfahrensrechtliche Sicherungsverantwortung der Betreiber, die einen angemessenen Ausgleich zwischen dem Informationsinteresse der Nutzer sowie der Meinungsfreiheit der Bewerber auf der einen Seite und der (mittelbaren) Beeinträchtigung der Berufsfreiheit und des Persönlichkeitsrechts auf der anderen Seite im Wege der praktischen Konkordanz sichert<sup>109</sup>. Datenschutzrechtlich sind kommerzielle Bewertungsportale gleichfalls rechtlicher Fesseln nicht entledigt. Sie können sich insbesondere (entgegen häufig vertretener Auffassung<sup>110</sup>) nicht auf das Medienprivileg des § 41 Abs. 1 BDSG berufen<sup>111</sup>. § 29 BDSG<sup>112</sup> bindet Bewertungsportale

105 In diesem Sinne etwa *Kaiser* (Fn. 3), S. 1475.

106 So etwa *Gounalakis/Klein* (Fn. 3), S. 568; *Bethge*, in: Sachs (Hrsg.), GG, 5. Aufl. 2009, Art. 5, Rn. 90b; *von Coelln* (Fn. 4), S. 276.

107 BVerfG, Beschl. v. 25.6.2009, BeckRS 2009, 37007, Rn. 59; BVerfG, Urt. v. 12.12.2000, BVerfGE 102, S. 347 (359) – Schockwerbung; a.A. *Gomille*, Standardisierte Leistungsbewertungen, 2009, S. 76: Meinungsfreiheit. Ein Element wertender Stellungnahme und damit eine Meinung i.S.d. Art. 5 Abs. 1 S. 1 Var. 1 GG lässt sich durchaus in der Auswahl der Fragen und der Aggregation der Rohdaten zu einer neuen Gesamtaussage in Gestalt einer Meinungsumfrage erblicken. Auf die Wertigkeit der Schutzposition bleibt diese Einordnung aber grundsätzlich ohne Einfluss.

108 Vgl. zu der Bewältigung der Dreiecks-Grundrechtskollisionslage bei Bewertungsportalen und den sich daraus ergebenden Anforderungen allgemein die Nachweise in Fn. 3.

109 Zum Gedanken eines Grundrechtsschutzes durch technische Verfahren siehe auch *Heckmann*, Datenschutz, Persönlichkeitsschutz und Meinungsfreiheit bei Betrieb und Nutzung von Bewertungsportalen im Internet, juris PraxisReport IT-Recht 1/2008, Anm. 5.

110 In diesem Sinne etwa *Greve/Schärdel*, MMR 2008, S. 644 (647 f.); wie hier dagegen BGH, Urt. v. 23.6.2009, MMR 2009, S. 608 (610) – spickmich; *Gounalakis/Klein* (Fn. 3), S. 568 jeweils m.w.N.

111 Grundgedanke des Medienprivilegs ist es, die Presse bei der Erfüllung ihrer Aufgaben, namentlich der Informationsrecherche, von datenschutzrechtlichen Anforderungen weitgehend freizustellen, da sie sonst ihre Funktion, zum geistigen Meinungskampf beizutragen, nicht erfüllen könnte. Das Medienprivileg reicht dann aber nur so weit, wie eine eigene journalis-

an das datenschutzrechtliche Regime<sup>113</sup>, indem er die Zulässigkeit der Datenübermittlung an das Vorliegen eines berechtigten Interesses knüpft. Das bedingt als methodischen Mindeststandard insbesondere eine (qualifizierte) Registrierung der Eigenbewertungen, die Missbrauch erheblich erschwert, ferner Lösungszyklen, die vorgefertigte Fremdbilder und Inaktualität der Daten verhindern, die Vorgabe von validen leistungsbezogenen Bewertungskriterien, die Ergebnisverzerrungen und Scheinrationalität begrenzen, ferner den Ausschluss persönlichkeitsverletzender Schmähkritik bzw. Cyber-Bullying. Die vielfach anzutreffenden Freitextfelder sind daher (trotz ihres regelmäßig hohen Informationswertes) problematisch und jedenfalls ohne jegliche redaktionelle Kontrolle nicht zulässig. Die betroffenen Ärzte sind über die Verarbeitung ihrer Daten nach § 33 BDSG zu benachrichtigen. Umgekehrt dürfen die Ergebnisse der Befragungen grundsätzlich auch nicht jedermann frei zugänglich sein, sondern nur Personen mit berechtigtem Interesse. Ein Recht auf Befriedigung der eigenen Neugierde besteht nicht. Das ergibt sich aus § 29 Abs. 2 Nr. 1a BDSG. Bei Bewertungsportalen für Allgemeinärzte darf die Messlatte insoweit freilich nicht zu hoch gehängt werden. Denn ihre Dienstleistungen sind nicht auf einen von vornherein festgelegten Kreis von Adressaten beschränkt, sondern richten sich an jedermann. Eine tiefgehende Motivforschung bei dem Nutzer würde den Bogen überspannen und sein Recht auf Anonymität aus § 13 Abs. 6 TMG untergraben<sup>114</sup>. Einer Auffindbarkeit der Bewertung durch Suchmaschinen steht daher in ihrem Falle – anders als bei Lehrern und Professoren – im Ergebnis nichts entgegen.

tisch-redaktionelle Gestaltung tatsächlich stattfindet. Bei Bewertungsportalen fehlt es, wie wohl sie den verfassungsrechtlichen Schutz der Pressefreiheit genießen, daran. Verfassungsrechtlicher Schutz und einfachgesetzliche Privilegierung müssen insoweit nicht notwendig kongruent sein. Mag man den Fragenkatalog auch als antizipierte redaktionelle Bearbeitung verstehen, so geht diese doch nicht über eine arithmetische Zusammenfassung fremder Meinungsäußerungen hinaus. Eine solche rechtfertigt eine weitgehende Freistellung von datenschutzrechtlichen Anforderungen nicht. Sonst würde das Medienprivileg über seine gesetzliche Zielsetzung hinaus ausgedehnt.

112 Teilweise stellt die Rechtsprechung statt auf § 29 auf § 28 Abs. 1 Nr. 3 BDSG ab (vgl. z.B. OLG Köln, NJW-RR 2008, S. 203 [206]). Das überzeugt jedoch nicht. Denn die Daten werden in Bewertungsportalen nicht zur Erfüllung eigener Geschäftszwecke, etwa um mit einem Kunden in Kontakt treten zu können, sondern zum Zwecke der Übermittlung an Dritte – ähnlich wie in einer Auskunft oder Unternehmen der Markt- und Meinungsforschung – erhoben. Auf diese Fälle ist § 29 BDSG zugeschnitten.

113 Die spezialgesetzlichen Sondernormen der §§ 67 ff. SGB X, die Einschränkungen gegenüber dem allgemeinen Datenschutzrecht enthalten, finden keine Anwendung. Denn die Betreiber gehören nicht zu den in § 35 SGB I genannten Stellen.

114 Vgl. zur verfassungskonformen Auslegung des § 29 BDSG im Lichte der gewandelten technischen Strukturbedingungen und des Rechts des Internetnutzers auf Anonymität das Spickmich-Urteil des BGH (Fn. 3), S. 612 sowie die weiteren dort genannten Literaturstellen.

## V. Fazit

In seinem Kurzgedicht »Gleichgewicht« sinniert *Eugen Roth*: »Was bringt den Doktor um sein Brot? Des Patienten Gesundheit und sein Tod! Darum hält er uns, damit er weiterhin gut lebe, zwischen beiden in der Schwebel!« Der Medizin (deren Aufgabe – wie Spötter behaupten – darin besteht, zu verhindern, dass die Menschen eines natürlichen Todes sterben) gelingt die Verlängerung dieses Schwebezustandes inzwischen erstaunlich gut. Dem wachsenden Kostendruck, dem das Not leidende Gesundheitssystem infolgedessen ausgesetzt ist, wird es nur durch effizienten Einsatz seiner knappen Ressourcen standhalten können. Es steht am Scheideweg zwischen Rationierung und Rationalisierung.

Ein Baustein der Effizienzsteigerung kann die Herstellung von Markttransparenz durch Publikumsinformation sein. Denn eine »rational choice« braucht eine objektive und verlässliche Informationsgrundlage. Für Krankenhäuser und Pflegeeinrichtungen hat der Gesetzgeber einen ersten wichtigen Schritt in diese Richtung unternommen, wiewohl die Idee zum Teil rechtsstaatlich nur ungenügend umgesetzt. Für den Bereich der ambulanten Ärzteschaft gibt sich das Gesetz wortkarger. Auch hier gilt aber: Die Informationsasymmetrie, die dem Dienstleistungsmarkt seiner Natur nach eigen ist, bildet eine Gefahrenquelle für die Qualität und Wirtschaftlichkeit des solidarisch finanzierten Systems. Private Bewertungsportale vermögen diese Lücke bislang nicht befriedigend zu schließen. Jedenfalls so lange können die gesetzlichen Krankenkassen auf ein Bedürfnis für ein von ihnen betriebenes Bewertungsportal verweisen. Sie stehen dabei allerdings vor hohen rechtlichen Hürden. So einschneidend wie ihre Einwirkungen auf die beruflichen Chancen und damit die wirtschaftliche Existenz der Betroffenen sein können, so unnachgiebig müssen auch die Anforderungen an die inhaltliche Gestaltung des Portals, vor allem die methodische Qualität der Fragen, sein. Dazu gehört insbesondere die Seriosität und fachliche Validität des Bewertungssystems, eine solide Datengrundlage, die den Anforderungen an statistische Evidenz genügt sowie eine Eliminierung des Missbrauchs durch Mehrfach- und Auftragsbewertungen. Eine hinreichende, wenngleich nicht überdeutliche Eingriffsgrundlage für das Handeln der Krankenkassen lässt sich dem § 305 Abs. 3 S. 1 SGB V entlocken. Als am schwierigsten zu umschiffende Klippe erweist sich jedoch das Sozialdatenschutzrecht. Eine gesetzgeberische Öffnung des § 284 SGB V scheint hier de lege ferenda geboten.

Bewertungsportale sind Katalysatoren einer informierten Entscheidung, kein Ärzte-TÜV. Sie können das eigene Urteil des mündigen Patienten unterstützen, es aber nicht ersetzen. Sie werden die Arztsuche womöglich revolutionieren – unser Verhältnis zur Gesundheit jedoch nicht unbedingt. Mit der Gesundheit verhält es sich bekanntlich wie mit dem Salz. Man merkt es erst, wenn es fehlt. Bei aller Optimierung der Arztsuche dürfte daher *Jonathan Swift* Recht behalten: »Die besten Ärzte sind Dr. Diät, Dr. Ruhe und Dr. Fröhlich.«



**Zitierhinweis:**

*Martini*, Ärzte auf dem Prüfstand, in: Hill/Schliesky (Hrsg.), Innovationen im und durch Recht, 2010, S. 153 ff.